Isabel Grisanti Aveledo de Luigi

LECCIONES de DERECHO de FAMILIA

Vigésima Edición



Isabel Grisanti Aveledo de Luigi

LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA



Caracas - Venezuela - Valencia
2013

Primera edición: Octubre 1983
Segunda edición: Febrero 1985
Tercera edición: Noviembre 1986
Cuarta edición: Julio 1988
Quinta edición: Febrero 1991
Sexta edición: Febrero 1994
Séptima edición: Agosto 1996
Octava edición: Agosto 1999
Novena edición: Octubre 1999
Décima edición: Noviembre 2000
Undécima edición: Agosto 2002
Duodécima edición: Abril 2005
Decimotercera edición: Marzo 2006
Decimacuarta edición: Marzo 2007
Decimoquinta edición: Marzo 2008
Decimosexta edición: Febrero 2009
Decimoséptima edición: Noviembre 2009
Decimooctava edición: Noviembre 2010

ISABEL GRISANTI AVELEDO DE LUIGI
LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA

Vadell Hermanos Editores, C.A.
Rif: J-07521580-0 · Nit: 0448791076
Valencia: Calle Montes de Oca, Edif. Tacarigua, Piso 6
Teléfonos: (0241) 858.5969 - 858.5945 (Fax)
Caracas: Peligro a Pele el Ojo, Edif. Golden, Sótano, La Candelaria
Teléfonos: (0212) 572.3108 - 572.5243
E-mail: edvadell@gmail.com
Pág. web: www.vadellhermanos.com

Hecho el depósito de Ley
Depósito Legal
ISBN: 980-212-174-6

Diseño, Diagramación y Portada:
Janet Salgado M.

Impresión:
Editorial Melvin C.A.

Impreso en Venezuela - *Printed in Venezuela*

A mis padres y a mi hermano, los tres me indicaron siempre el camino de rectitud y el apego al estudio.

A Pablo José, mi esposo, por su comprensión y ayuda constante.

Y a nuestros hijos, María Isabel, Pablo Andrés y María Andreína, mi mejor estímulo.

A la Universidad de Carabobo.

Dedico esta nueva edición, revisada y puesta al día,
a mis nietos Aniello, Paolo y Sabatino Sparano Luigi;
Pablo Antonio, Francisco Ignacio y Andrés Luigi Guada,
que pronto estará con nosotros por la Gracia de Dios.

Con la bendición de la Abuela.

ISABEL GRISANTI AVELEDO DE LUIGI
Abril 2005

AGRADECIMIENTO

Este libro comenzó a fraguarse el año de 1983, y tenía la modesta aspiración de servir de texto a mis alumnos de la asignatura Derecho de Familia, que se dictaba en el segundo año de la carrera, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo. Para mi sorpresa y fortuna, el libro ha sido empleado, espero que con provecho, en todas las Facultades de Derecho venezolanas, e incluso, en algunas extranjeras; es por eso que, con ésta alcanza su duodécima edición.

Cada vez que ha sido necesario, he puesto al día la obra, a más de aumentarla, en ciertas oportunidades con addenda y con varios temas que integran la asignatura.

Desde mi más entrañable recuerdo, surge la amada figura de mi marido, Dr. Pablo José Luigi Villanueva, que llegó al seno del Padre el diez de agosto de dos mil tres, a cuyo lado literalmente, empecé a escribir estas lecciones. Y en verdad, jamás eché en falta ni su estímulo, ni su afecto.

Confío en que las nuevas generaciones de profesores de Derecho de Familia, algunos de los cuales han sido mis discípulos, continúen el cultivo de esta hermosa disciplina jurídica.

Mi gratitud va hacia mis padres, Andrés e Isabel, ambos disfrutando ya de la presencia del Señor, y quienes siempre enrumbaron mi vida, con su ejemplo diario, por el camino de la rectitud y del apego al trabajo. Hacia mi hermano Hernando, por su entrañable e invalorable apoyo en los momentos difíciles que he tenido que enfrentar. Y también hacia mis hijos, María Isabel, Pablo Andrés y María Andreína, a quienes he restados las horas –no pocas– que empleé en la redacción de este libro.

Gracias, por sobre todo a Cristo, quien guía mi vida, y la guiará hasta mi encuentro con Él.

Valencia, diciembre de 2004.

I.G.A. de L.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tuvo su origen y fundamento en la docencia. Nació como fruto de la clase diaria, de la labor en el aula universitaria. De allí su título: Lecciones de Derecho de Familia.

Está destinado a los estudiantes. Es una obra elemental que tiene como principal objetivo ayudar a los alumnos a iniciarse en sus estudios de Derecho de Familia. Por eso se emplea un lenguaje sencillo y, en ocasiones, se sacrifica el estilo en favor de la claridad.

Se incluyen opiniones de destacados autores venezolanos y extranjeros y comentarios nuestros.

Como quiera que en esta obra estudiamos la reciente Reforma Parcial del Código Civil, sabemos que hemos de afrontar los riesgos de toda labor pionera y el margen de error que tal tarea implica.

ADVERTENCIA

En *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nº 5.266 Extraordinario, de fecha 2 de octubre de 1998, fue publicada la LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. Conforme a lo que estatuye su artículo 683, esta ley entrará en vigencia el primero de abril del año 2000.

Valencia, 13 de octubre de 1999

I.G.A. de L.

ADDENDA

Los cambios más importantes introducidos por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nº 5.266 Extraordinario, el 2 de octubre de 1998 y que entró en vigencia el 1º de abril de 2000, en lo que concierne a este libro, son los siguientes:

1. Obligación alimentaria

   A. Contenido (art. 365).

   B. Orden de prelación especial (art. 368).

      a) Personas obligadas de manera subsidiaria (art. 368, ap. único).

   C. Proporcionalidad (art. 371).

   D. Monto y ajuste automático

      a) Convenimiento (art. 375).

      b) Obligación del juez (art. 375).

   E. Oportunidad del pago (art. 374).

      a) Generación de intereses por el atraso injustificado en el pago de la obligación alimentaria (art. 374).

   F. Irrenunciabilidad (art. 377).

      a) Consideración de los montos adeudados por concepto de obligación alimentaria, por el obligado para la fecha de su muerte, como deuda de la herencia (art. 377).

   G. Prescripción especial de la obligación de pagar las pensiones atrasadas o adeudadas (art. 378).

   H. Responsabilidad solidaria no exclusiva del empleador del obligado (art. 380).

   I. Medidas cautelares (art. 381).

   J. Medidas que pueden ser autorizadas para el pago de la obligación (art. 382).

   K. Extinción (art. 383).

      a) Casos en los que la obligación subsiste a pesar de haber llegado el beneficiario a la mayoridad (art. 383, Letra b).

   L. Violación de la obligación alimentaria (art. 223).

M. Procedimiento: La LOPNA mantiene el procedimiento de la Ley Tutelar de Menores con algunas modificaciones.

a) Solicitud.

a') Legitimados activos (art. 376).

b') Forma (art. 511).

c') Juez competente (art. 177, Parágrafo Primero, letra d).

b) Medidas provisionales (art. 512)

c) Citación (arts. 514 y 515).

d) Comparecencia (art. 516).

e) Pruebas (arts. 517, 518 y 519).

f) Decisión (art. 520).

g) Apelación (art. 522).

h) Revisión de la decisión (art. 523).

i) Improcedencia del recurso de casación (art. 525).

2. Medidas sobre la patria potestad en caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio (art. 351).

A. Derogatoria del art. 191, ord. 2º CC (art. 684).

B. Derogatoria del art. 192 CC (art. 684).

3. Medidas sobre la guarda de los hijos en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio o residencias separadas (art. 360).

4. Juez competente en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, cuando hay hijos niños o adolescentes (art. 177, Parágrafo Primero, letra i).

5. Juez competente en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges son adolescentes (art. 177, Parágrafo Primero, letra j).

6. Filiación:

A. Derogatoria del art. 464 CC (art. 684).

a) Sustitución por los arts. 20 y 681.

a') Violación al derecho a la identidad (art. 224).

b′) Violación al derecho a ser inscrito y obtener documentos de identificación (art. 225).

c′) Sanción penal por omisión de registro de nacimiento (art. 273).

B. Derogatoria del Capítulo I de la ley sobre Protección Familiar.

a) Sustitución por los arts. 17 y 19.

C. Derecho del niño y del adolescente de conocer a sus padres y de ser cuidado por ellos (art. 25).

7. Adopción

A. Concepto (art. 406).

B. Eliminación de la adopción simple. La adopción sólo puede ser plena (art. 407).

C. Eliminación del requisito, en caso de adopción conjunta, de tener los cónyuges tres años, al menos, de casados.

D. Período de prueba

a) Ampliación (art. 422).

b) Evaluaciones obligatorias (art. 422, ap. único).

c) Prórroga (art. 423).

E. Consentimientos

a) La validez del consentimiento de la madre queda supeditado a que el niño haya nacido (art. 414, letra b).

b) Exigencia de asesoramiento a todas las personas cuyo consentimiento es necesario (art. 418).

c) Suministro, a las personas cuyo consentimiento es necesario, de información acerca de los efectos que tendrá la adopción (art. 418).

d) Prohibición de obtención de beneficios económicos o de cualquier otra clase, para consentir en la adopción (art. 419).

e) Elaboración de informes

a′) Del posible adoptado (art. 420).

b′) Del o de los solicitantes de la adopción (art. 421).

c′) Confidencialidad de ambos (art. 429).

F. Opiniones necesarias, no facultativas (art. 415).

G. Irrevocabilidad de la adopción (art. 437).

H. Adopción internacional (arts. 443 a 449).

a) Definición (art. 443).

b) Exigencia de tratados o convenios internacionales en materia de adopción (art. 444).

c) La adopción internacional sólo es posible como subsidiaria de la adopción nacional (art. 445).

I. Oficinas de adopciones

a) ¿Dónde deben constituirse? (arts. 139 y 145).

b) Atribuciones (arts. 139 y 145).

J. Procedimiento. La LOPNA conserva el procedimiento de la Ley de Adopción con pocas modificaciones (arts. 493 al 510).

NOTA IMPORTANTE

Los artículos de la LOPNA citados en esta addenda aparecen trascriptos en el anexo que figura al final del libro.

Valencia, 4 de abril de 2000

NOTA IMPORTANTE

Es absolutamente indispensable consultar las notas a pie de página, así como la ADDENDA 2001 atinente a la ADOPCIÓN EN LA LOPNA, que figura al final de la obra.

Julio de 2002
ISABEL GRISANTI AVELEDO DE LUIGI

PALABRAS A LA QUINTA EDICIÓN

Ha llegado esta sencilla obra, LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA, a su quinta edición. Sería insincero de mi parte negar la alegría que ello me produce; sería injusto dejar de expresar mi gratitud a quienes, profesores y estudiantes, con su generosa acogida, han hecho posible su éxito, quizás inmerecido.

He querido agradecer la nobleza de quienes recomiendan este libro, de la manera, peculiar si se quiere, que me enseñó mi inolvidable padre: esforzándome para aumentarlo con doctrina y jurisprudencia actualizada y ponerlo al día en sus menciones legislativas.

A los estudiantes, especialmente, ofrezco los cuadros sobre la materia incluidos como novedad en esta edición y con los que pretendo, no sé si ilusoriamente, facilitar su aprendizaje. Si la ilusión se convierte en realidad, sólo puedo decir GRACIAS A DIOS.

Valencia, septiembre de 1990
ISABEL GRISANTI AVELEDO DE LUIGI

PALABRAS A LA SEXTA EDICIÓN

Arriba esta sencilla obra a su sexta edición y por nuestro deseo perenne de retribuir de alguna manera la generosa acogida de que ha sido objeto, incluimos en esta ocasión un breve estudio acerca de las nuevas formas de originar vida humana: LA FERTILIZACIÓN *IN VITRO* Y LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. Aludimos a las diferentes variantes que pueden presentarse en cada una de ellas, destacamos su complejidad por el número de personas intervinientes y abordamos los temas de la calificación jurídica de los actos previos que son menester entre esas personas y de su legitimidad. Luego nos referimos a la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante los predichos procedimientos, en cada una de sus más importantes variantes. Finalmente fijamos nuestra posición frente a estas nuevas técnicas, ya utilizadas con frecuencia entre nosotros sin reflexionar, pensamos en los graves problemas éticos, jurídicos y afectivos que pueden producir.

ISABEL GRISANTI AVELEDO DE LUIGI

ABREVIATURAS MÁS USADAS

C.C.:	Código Civil
C.P.:	Código Penal
C.P.C.:	Código de Procedimiento Civil
C.N.:	Constitución Nacional
P.L.R.P.C.C.:	Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil
Art.:	Artículo
Ord.:	Ordinal
Sig.:	Siguiente
L.T.M.:	Ley Tutelar de Menores
L.S.A.:	Ley sobre Adopción
L.D.A.:	Ley de Adopción

«Es imposible que la República valga nada si las familias, que son sus pilares, están mal fundadas».

JUAN BODINO

«Si quieres hacer una Patria grande y gloriosa, tienes que comenzar por dedicar todo tu amor y esfuerzos a lograr el bienestar de tu familia».

Capítulo I

LA FAMILIA. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA. LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA FAMILIAR. CONCORDANCIAS Y DISCORDANCIAS. EL ACTO VOLUNTARIO COMO GENERADOR DE RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES.

I. La Familia

La familia es un grupo natural, el más natural de todos los grupos humanos. Es un grupo consubstancial con la naturaleza humana, tan antiguo como la humanidad, por lo que puede afirmarse que la historia de la familia es la historia de la humanidad. Nadie le niega su carácter de fenómeno vinculado como ningún otro al ser del hombre, de allí que nadie piense que pueda desvincularse en futuro previsible.

La familia es un hecho, es un fenómeno natural y, frente a ella, el Derecho es un *posterius,* porque el Derecho no crea la familia, simplemente la toma en cuenta y la regula en sus aspectos fundamentales.

En la historia, la familia aparece como una comunidad que, teniendo su origen en la unión de la pareja, de un hombre y una mujer, está compuesta, al menos, por progenitores y procreados y en la que pueden participar otras personas, convivientes o no, unidas por vínculos de sangre o de sumisión a una misma autoridad.

1. *Etimología.* La palabra castellana familia proviene del latín *familia,* de *famulus*. A su vez la voz latina *famulus* deriva del osco *famel,* que quiere decir siervo, y, más remotamente, del sánscrito *vama,* que significa habitación, casa. Partiendo de esta etimología, en la antigüedad se consideraba familia al conjunto de personas y esclavos que habitaban con el señor de la casa. Aún hoy, en sentido vulgar, que está de acuerdo con el sentido primitivo, se llama familia al conjunto de personas que viven bajo un mismo techo sometidas a la autoridad y los recursos del jefe de la casa.

2. *La familia desde el punto de vista sociológico.* Desde el punto de vista sociológico, la familia es un grupo social, una especie del género grupo social. Sabemos que grupo social o comunidad es un conjunto de personas que viven unidas –por vínculos de naturaleza diferente– y organizadamente. Fácil es advertir que, en efecto, la familia es un grupo social, porque reúne sus elementos. La familia está integrada por un conjunto de personas –una sola persona no constituye familia–; los miembros de una familia están vinculados por lazos diferentes. Además,

precisamente porque los miembros de la familia conviven organizadamente –la conducta de los integrantes de una familia está regulada por normas comunes–, ella se presenta como una unidad, como una entidad.

Como especie del género grupo social que es, la familia tiene, además de las características genéricas del grupo social, sus caracteres específicos que son, fundamentalmente, los siguientes:

Universalidad: La historia de la familia puede decirse que es la historia de la humanidad. En efecto, en todos los grupos sociales y en todos los estadios de su civilización, siempre se ha encontrado alguna forma de organización familiar. Esto no implica, por supuesto, que la familia haya permanecido inmutable. La familia ha variado, se ha modificado, pero *siempre* ha existido, por eso es un grupo social universal, el más universal de todos.

Base afectiva: La familia es un grupo social cuyo fundamento está constituido por un conjunto de los más profundos y recónditos sentimientos humanos: amor, comprensión, ternura, dedicación. En ningún otro grupo social encontramos esta base afectiva y es ella, precisamente, la que determina la diferencia entre la familia substancial (familia-familia) y la familia meramente formal. En efecto, cuando los integrantes de la familia están unidos por lazos afectivos, es cuando puede hablarse de familia en sentido substancial; cuando faltan tales sentimientos, sólo existe familia en sentido formal.

Influencia formativa: Es indiscutible la influencia de la familia en la formación de las personas cuyas vidas se originan en ella. La familia es el primer ambiente social del hombre, en ella aprende los primeros principios, las nociones de lo bueno, de lo malo, de lo justo, de lo injusto, del deber y del derecho. Puede afirmarse que la familia es el medio a través del cual se transmiten tradiciones, creencias, hábitos, ritos. Por eso es por lo que generalmente, con sus excepciones, por supuesto, el modo de actuar, de pensar y de vivir una persona es reflejo de la forma de actuar, pensar y vivir que tengan sus padres, su familia.

Importancia social: La familia es la célula social fundamental. Y ello es así, porque es en ella donde el individuo se prepara para su vida en sociedad. De allí que, mientras mejor organizada esté la familia, mientras más robusta sea, más sólida y favorable será la organización social.

Es una comunidad natural: Responde a una serie de instintos y sentimientos de la naturaleza humana tales como la tendencia gregaria,

la satisfacción del instinto sexual y de asistencia a la prole, etc.

Regulación jurídica: La familia es un hecho, el derecho no crea la familia, pero sí la regula en sus distintos aspectos. La familia es un grupo social de relevancia jurídica.

En resumen, desde el punto de vista sociológico, puede decirse que la familia es una comunidad natural, universal, con base afectiva, de indiscutible influencia formativa en el individuo y de importancia social tal, que determina la necesidad de su regulación jurídica.

3. *Fundamento de la familia.* Si miramos a un hombre o a una mujer aisladamente, podemos, en principio, verlos como seres completos. Pero si los observamos en la naturaleza, podemos advertir fácilmente que el humano es un ser imperfecto por dos causas fundamentales: el *sexo,* dado que por sí solo no puede perpetuar la especie, y la *edad,* puesto que en los primeros años de su vida no puede por él mismo obtener lo necesario para su subsistencia. Tales deficiencias no puede resolverlas con un complemento cualquiera; precisa que la mitad sexual que necesita esté infundida de amor y esperanza, que eleve el sentido de la unión y exige, además, que el complemento de la niñez se realice con carácter de perennidad, sublimada por la ternura y la comprensión. Por tal razón requiere de su semejante para poder dar satisfacción a sus necesidades. El hombre y la mujer son semejantes, pero diferentes y complementarios. Por eso se necesitan y en esta necesidad, que no es sólo sexual, sino que también es moral y afectiva, está el fundamento de la unión de la pareja, base de la familia. Por virtud de la unión del hombre y la mujer advienen los hijos y éstos requieren, por razón de la edad, de la asistencia física, afectiva y moral de sus padres.

   La necesidad recíproca del hombre y la mujer y la necesidad de los hijos de los cuidados de sus padres, precisa un órgano natural que llene los vacíos de la imperfección humana. Ese órgano natural es la familia, institución que existe y seguirá existiendo por imperativo de la misma naturaleza. Es la mejor solución para la imperfección del hombre.

4. *Importancia de la familia.* La importancia de la familia es individual y es social. Es individual porque, según hemos estudiado, la familia es la mejor solución para las deficiencias humanas. Es en la familia donde el hombre puede realizarse favorablemente.

   La importancia social de la familia se desprende de las funciones esenciales que ella cumple, entre las que destacan la conservación de la especie humana, que requiere la perennidad de la familia y la preparación del individuo para la vida en sociedad, que no puede recibirse en el ámbito complejo de ella, sino en el restringido del grupo familiar. Es

por esta razón por la que se afirma que la familia es la célula fundamental de la sociedad.

II. La familia desde el punto de vista jurídico

1. *Concepto.* Desde el punto de vista jurídico, pueden distinguirse varios conceptos de familia:

   A. Concepto amplio: La familia es el conjunto de personas unidas por vínculos de matrimonio, parentesco o adopción. Así definida, la familia comprende un numeroso grupo de personas: todas las unidas por vínculos de matrimonio, parentesco –de cualquier clase y en cualquier grado, por lejano que éste sea– o de adopción. Sin embargo, desde el punto de vista legal, tales vínculos tienen relevancia en la medida en que produzcan efectos jurídicos. De allí que exista un concepto técnico-jurídico de familia que la define como el grupo de personas unidas por vínculos de matrimonio, de parentesco o adopción a los que la ley atribuye algún efecto jurídico, por ejemplo, impedir el matrimonio, llamamiento a la sucesión *ab intestato,* designación para la tutela o Consejo de Tutela, etc. La familia en sentido amplio comprende las relaciones conyugales, las paterno-filiales y las parentales.

   B. Concepto estricto: En sentido estricto se define la familia como el grupo restringido formado por el padre, la madre y los hijos, con exclusión de los demás parientes. La familia, en sentido estricto, comprende sólo las relaciones conyugales y las paterno-filiales.

   Y aún existe un concepto más restringido de familia:

La familia es el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos sometidos a su potestad. La limitación de este último concepto en relación con el inmediatamente anterior radica en lo siguiente: De acuerdo al anterior, la familia incluye al padre, a la madre y a todos sus hijos; según el último, al padre, a la madre pero no a todos sus hijos, sino aquellos sometidos a su autoridad, es decir, los menores y solteros. Este último concepto, muy restringido, toma en consideración la circunstancia de que cuando los hijos crecen se rompe la unidad del hogar y aquéllos generalmente forman otras familias integradas por los nuevos matrimonios y sus hijos.

La existencia de varios conceptos de familia demuestra que cuando se habla de familia puede aludirse a diferentes grupos de personas.

2. *Naturaleza jurídica de la familia*

A. *La cuestión de su personalidad jurídica:* Actualmente existen opiniones divergentes en relación a si la familia es o no persona jurídica. Algunos civilistas, Savatier entre ellos, sostienen que la familia es, ciertamente, persona jurídica. A juicio de estos autores existen categorías de derechos subjetivos que no pertenecen, propiamente hablando, a ninguna de las personas físicas que componen la familia, sino a ésta considerada como un grupo. Citan, entre otros, el nombre patronímico, los títulos nobiliarios, los escudos de familias, etc.

Pero la tesis que sostiene la personalidad jurídica de la familia ha tenido grandes impugnadores. Dabin, por ejemplo, afirma que existe una institución familiar, es decir, deberes y derechos familiares, pero no persona jurídica familiar. Legaz Lacambra, por su parte, destaca que la familia no suele ser reconocida como sujeto de derecho por las legislaciones. En verdad no se imputan a la unidad de la familia los actos realizados por el jefe de la misma; no es la familia la que posee el derecho al voto donde existe voto familiar, ni la que percibe el subsidio, donde se haya implantado. No se registra a nombre de la familia la propiedad de sus miembros.

En torno a la cuestión de la personalidad jurídica de la familia, caben las siguientes conclusiones: Se debe distinguir la cuestión de si la familia es o no persona jurídica (asunto de *lege data*), que sólo puede resolver el Derecho Positivo vigente de cada pueblo, atribuyéndole o no personalidad jurídica y la cuestión de si conviene o no reconocer a la familia esa personalidad (asunto de *lege ferenda*).

La primera cuestión se resuelve con un estudio del Derecho Positivo actual, del cual se desprende que no suele reconocérsele a la familia personalidad jurídica. No cabe duda de que en nuestro Derecho la familia no es persona jurídica, pues le falta, evidentemente, la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. El Derecho Civil moderno se estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia. Los pretendidos derechos extrapatrimoniales de la familia –al nombre, a la patria potestad, a la defensa del nombre de los muertos– no son sino derechos subjetivos de cada uno de los componentes de la familia en particular. Lo mismo ocurre con los derechos patrimoniales. En ningún caso la familia es titular de derechos: el propietario del bien de familia o del subsidio familiar no es la familia. Son derechos individuales atribuidos a una persona en razón a su condición familiar.

En relación a la conveniencia del reconocimiento de personalidad jurídica a la familia, se pueden distinguir dos posiciones doctrinales: Una que sostiene que merece ser bien acogida la tesis del reconocimiento de personalidad jurídica a la familia. Es conveniente tal reconocimiento, pues

le daría a la familia mayor solidez frente al Estado y frente a los individuos. Otros autores piensan, certeramente, que el reconocimiento de la familia como persona jurídica no es, en realidad, necesario para valorar su importancia en el orden social, pues lo que en el campo de las ideologías político-sociales se reclama como derechos de la familia, pueden transmutarse en derechos subjetivos atribuidos a un sujeto de derecho en razón de su situación familiar.

B. El carácter institucional de la familia: Al considerar la naturaleza jurídica de la familia lo importante es no incurrir, como el individualismo jurídico, en el error de reducir las relaciones de familia a relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, desconociendo a la familia su carácter de asociación natural, de fondo ético, cuyas relaciones no pueden ser regidas por criterios individualistas ni de autonomía de la voluntad. Aunque hoy en día la familia no constituye persona jurídica, es indudable que es un conjunto orgánico, una entidad natural. Actualmente es unánimemente aceptado el criterio de que la familia es una institución natural, de fondo ético y de alcance social.

Es una institución, porque la familia es un organismo dotado de fines sociales y medios de acción superiores en potencia y duración a los individuos que la integran.

Es una institución natural, porque responde a una serie de instintos y sentimientos de la naturaleza humana.

Es una institución de fondo ético por la base natural y afectiva que indiscutiblemente tiene la familia y porque, por ser una comunidad natural, está regulada, no sólo por el derecho, sino también por la moral y por la religión. El Derecho de Familia tiene, indudablemente, contenido ético, ya que de la moral provienen los preceptos esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia transformándolos en normas jurídicas. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético, dice Ruggiero.

Es una institución de alcance social por la importancia que tiene la familia como célula fundamental de la sociedad. En efecto, la sociedad, para subsistir, requiere un cierto grado de cohesión, que es consecuencia de la solidaridad y sociabilidad que el individuo adquiere mediante la formación que recibe en la familia, de suerte que, mientras mejor organizada y robusta sea la familia, mayor cohesión y solidaridad existirá en la sociedad.

III. Elementos de la relación jurídica familiar

1. La relación jurídica familiar es una especie de relación jurídica. Es aquella que se establece entre miembros de una familia. Su especialidad radica en que son relaciones jurídicas entre personas que integran una misma familia. Ellas son relaciones conyugales, paterno-filiales o parentales. Se originan en el hecho natural de la unión intersexual, pero, para que se establezca la relación jurídica familiar, es menester que el hecho natural o biológico esté acompañado del elemento jurídico. Las relaciones jurídicas familiares tienen sus fuentes: el matrimonio, la filiación y la adopción.

2. *Elementos de la relación jurídica familiar.* Son dos: el biológico y el jurídico.

   A. Elemento biológico: Es el vínculo natural que existe entre dos personas como consecuencia de la unión intersexual. Este vínculo natural no se establece sólo entre el hombre y la mujer que componen la pareja, sino también entre éstos y los hijos que nacen de esa unión, de esas relaciones sexuales. El vínculo biológico produce un estado natural independientemente del estado jurídico, que puede o no existir. Existe el estado natural cuando se dan los vínculos biológicos correspondientes. Por ejemplo, dos personas tienen el estado natural de hermanos cuando ambas fueron engendradas por un mismo hombre o dadas a luz por una misma mujer.

   B. Elemento jurídico: Es el vínculo jurídico al cual se sujetan la unión sexual y la filiación como hechos naturales. Este elemento califica el elemento biológico y es el decisivo. Si el elemento biológico no trasciende al campo jurídico, si no se encuadra en un vínculo jurídico, existe hecho natural, vínculo biológico, mas no relación jurídica familiar. Para que ésta se establezca es absolutamente necesario que el elemento biológico trascienda al campo jurídico y se encuadre en un vínculo jurídico.

3. *Concordancias y discordancias.* Entre los elementos de la relación jurídica familiar puede darse concordancia o discordancia.

   A. Concordancia: Existe concordancia entre los elementos de la relación jurídica familiar cuando concurren ambos, cuando se dan el elemento biológico y el jurídico. A su vez la concordancia puede ser pura o impura.

   a) Concordancia pura: Existe concordancia pura cuando concurren ambos elementos, el biológico y el jurídico y, además, se corresponden. El elemento jurídico es, precisamente, el que corresponde al elemento natural o biológico. Ej.: el caso del hijo de filiación legalmente comprobada: el vínculo jurídico de filiación corresponde al vínculo biológico que existe entre padre e hijo, entre generante y generado. El caso de la pareja unida en matrimonio: el

vínculo jurídico matrimonial es el que corresponde, precisamente, al vínculo biológico que se da entre los esposos.

La concordancia pura puede ser, a su vez, inicial o sobrevenida. Es *inicial* cuando la concurrencia de los elementos de la relación jurídica que se corresponden, se produce desde un principio, desde que se establece la relación. El caso del hijo extramatrimonial reconocido desde su nacimiento: En este caso concurren los dos elementos, el biológico y el jurídico; éstos se corresponden, porque el vínculo jurídico de filiación que se establece mediante el reconocimiento es el que corresponde al vínculo biológico que hay entre padre e hijo y tal correspondencia se produce desde el inicio de la relación.

Es *sobrevenida* cuando concurren los dos elementos y se corresponden, pero tal concurrencia y correspondencia no se produce desde el inicio, sino que primero se da el vínculo biológico y, mediado algún tiempo, se establece el vínculo jurídico. Ejemplo, una pareja que vive en concubinato, contrae después matrimonio. Existe en este caso, cuando contraen matrimonio, concurrencia de ambos elementos de la relación jurídica. Evidentemente, hay correspondencia entre tales elementos, pero la concurrencia y la correspondencia no se producen desde el inicio de la relación. Primero hubo un tiempo en el que es sólo estaba presente el elemento biológico, la unión del hombre y la mujer y después, al contraer matrimonio, se estableció el elemento jurídico y con él la relación jurídica familiar.

b) *Concordancia impura:* Como en todo caso de concordancia, en la concordancia impura, concurren los dos elementos de la relación jurídica familiar. Pero, a diferencia de lo que ocurre en la concordancia pura, en este caso, el elemento jurídico no corresponde al elemento biológico. Existe concurrencia de los elementos de la relación jurídica familiar, mas no correspondencia entre ellos. Por ejemplo, una persona adopta a su hijo extramatrimonial (adopción que encubre una filiación extramatrimonial). El elemento jurídico, la adopción, no corresponde al elemento biológico que vincula a una persona con su hijo extramatrimonial. Correspondería el vínculo jurídico de filiación. En este caso concurren los dos elementos de la relación jurídica familiar y por eso hay concordancia, pero no hay correspondencia entre tales elementos y por eso la concordancia es impura.

B. Discordancia: Existe discordancia entre los elementos de la relación jurídica familiar cuando no concurren ambos elementos o cuando,

concurriendo, el jurídico está viciado de nulidad. Es necesario advertir que cuando no está presente el elemento jurídico y hasta tanto no lo esté, no existe relación jurídica familiar ya que es el elemento jurídico el decisivo, el que califica al biológico. La discordancia puede ser pura o impura.

a) *Discordancia pura:* Está presente sólo el elemento biológico, pero éste no ha trascendido al campo jurídico, no se ha encuadrado en un vínculo jurídico y, en consecuencia, no existe relación jurídica familiar. Por ejemplo, el hijo extramatrimonial no reconocido, el concubinato. En el caso del hijo cuya filiación no ha sido legalmente comprobada, existe el vínculo biológico, el vínculo natural entre el hijo y su progenitor, pero no el vínculo jurídico de filiación, porque no ha habido comprobación legal. Mientras esto no se produzca, no existe relación jurídica familiar. En el caso del concubinato se da el elemento biológico representado por la unión sexual del hombre y la mujer, pero está ausente el elemento jurídico (matrimonio).

   Los autores se refieren a la discordancia pura refiriéndola siempre al caso en que existe sólo el elemento biológico. Pero si hay discordancia cuando no concurren los elementos de la relación jurídica familiar o cuando el elemento jurídico está afectado de algún vicio de nulidad, es posible pensar en discordancia cuando falta el elemento biológico, estando presente el jurídico. Por ejemplo, una persona adopta a un extraño, a una persona con la que no la une ningún parentesco. En este caso aun cuando entre el adoptante y adoptado no existe vínculo biológico, sí se establece el elemento jurídico, representado por la adopción y es indudable que entre el sujeto activo y el pasivo de la adopción hay relación jurídica familiar.

   Es conveniente aclarar que cuando falta el elemento jurídico y sólo está presente el biológico, no existe relación jurídica familiar. Cuando, por el contrario, se establece el elemento jurídico, estando ausente el biológico, se produce la relación jurídica familiar. Este caso es excepcional, no es lo usual, pero puede presentarse.

b) *Discordancia impura:* Hay discordancia impura entre los elementos de la relación jurídica familiar cuando concurren el elemento biológico y el jurídico, pero este último está viciado de nulidad. Ejemplo: una persona casada contrae nuevo matrimonio. En este segundo matrimonio se da una discordancia impura porque si bien concurren ambos elementos en esta relación jurídica familiar, el jurídico, que es el matrimonio, está viciado de nulidad puesto que se contrajo con violación del impedimento dirimente de vínculo anterior. Otro ejemplo: Una persona reconoce a otra como a su hijo

extramatrimonial con la circunstancia de que tal reconocimiento le fue arrancado con violencia. Existe discordancia impura porque si bien están presentes el elemento biológico y el jurídico, éste, que es el reconocimiento, está viciado de nulidad por la violencia con que fue arrancado.

4. *El acto voluntario como generador de la relación jurídica familiar.* Las relaciones jurídicas familiares tienen dos elementos: el biológico y el jurídico. Este último, el jurídico, califica al biológico y es, por esto, el decisivo. Ahora bien, para que el elemento biológico trascienda al campo jurídico, es menester *siempre* una manifestación de voluntad enderezada a producir efectos jurídicos; es decir, un acto jurídico. Por eso el acto jurídico es generador de relaciones jurídicas familiares. En otras palabras, para que se establezca una relación jurídica familiar se requiere el elemento jurídico, que es el determinante, puesto que si él está ausente, no existe relación jurídica familiar. Y para que se produzca el elemento jurídico es absolutamente necesario un acto jurídico, vale decir, una manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos.

El acto voluntario mediante el cual se encuadra en un vínculo jurídico el hecho natural, puede ser espontáneo o compulsivo. Es *espontáneo* cuando la propia persona que dio origen al hecho natural, a través de su manifestación de voluntad, busca encuadrar el hecho biológico en un vínculo jurídico. Por ejemplo, la persona que reconoce voluntariamente a su hijo extramatrimonial mediante una declaración espontánea de paternidad o maternidad. Es *compulsivo* cuando quien no provocó el hecho natural o quien ve desconocido su derecho es quien se propone encuadrar el vínculo biológico en el jurídico que le corresponde. Ejemplo: una persona, hija extramatrimonial, que no ha sido reconocida por su padre, ejerce la acción de inquisición o investigación de la paternidad y logra, en virtud de sentencia definitivamente firme y ejecutoriada que declara con lugar dicha acción, el reconocimiento de su padre.

El acto voluntario mediante el cual se establece el elemento jurídico determinante de la relación jurídica familiar, puede ser *bilateral,* como por ejemplo el matrimonio, cuando se requiere para su perfeccionamiento, la manifestación de voluntad de ambas partes, o *unilateral,* como el reconocimiento, cuando es suficiente la declaración de una sola parte.

Como en todo acto jurídico, en el generador de relaciones jurídicas familiares se requiere, en la persona que lo realiza, capacidad jurídica, vale decir, aptitud legal para ser sujeto de esa relación. Y también, como en todo acto jurídico, es posible la existencia de vicios del consentimiento.

Cuando el consentimiento es viciado, el acto queda afectado de nulidad. Lo mismo ocurre cuando quien realiza la manifestación de voluntad constitutiva del acto jurídico, es incapaz. Para estos casos la ley consagra las acciones correspondientes encaminadas a lograr, previo juicio, por supuesto, la declaración judicial de nulidad del acto, el cual, por virtud de dicha declaración, quedará borrado de la vida jurídica como si jamás se hubiese celebrado.

CUADRO DE LAS CONCORDANCIAS Y DISCORDANCIAS ENTRE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA FAMILIAR

CONCORDANCIA	DISCORDANCIA
PURA: Concurrencia de los dos elementos de la relación jurídica familiar y correspondencia entre ellos. Puede ser: *Inicial,* cuando tal concurrencia y correspondencia se dan desde el comienzo de la relación. *Sobrevenida,* cuando primero sólo existe el elemento natural y, pasado algún tiempo, se encuadra en el vínculo jurídico que le corresponde.	PURA: No concurren los dos elementos de la relación jurídica familiar.
IMPURA: Concurrencia de los dos elementos de la relación jurídica familiar, pero el jurídico no es el que corresponde al biológico. Falta la correspondencia.	IMPURA: Concurren los dos elementos de la relación jurídica familiar, pero el jurídico está viciado de nulidad.

Capítulo II

PODERES Y ÓRGANOS FAMILIARES. SU CONSTITUCIÓN Y FINALIDADES

I. Poderes familiares

Los poderes familiares son poderes jurídicos, son una especie de poder jurídico. A su vez el poder jurídico es una especie del género poder. Por eso es interesante dilucidar qué es un poder, para determinar luego cuándo un poder es jurídico y cuándo un poder jurídico es, específicamente, un poder jurídico familiar. Poder significa potestad, facultad, posibilidad de actuar. El poder es jurídico cuando es reconocido por el Derecho y el poder jurídico es específicamente familiar, es poder familiar, cuando es atribuido por la ley con el objeto de consagrar los intereses de la familia.

1. *Concepto.* En virtud de lo expuesto podemos definir los poderes familiares como las facultades atribuidas por la ley a miembros de la familia, a extraños o a órganos del Estado con el objeto de lograr y mantener sólidamente la organización familiar.

   A. *Análisis.* En el concepto preinserto destacan tres elementos:

      a) *Esencia:* Todo poder familiar es un poder jurídico.

      b) *Titulares:* Son los órganos familiares; vale decir, las personas –particulares miembros de la familia o extraños a ella; funcionarios públicos– o entes –públicos o privados– a los que la ley atribuye facultad o facultades orientadas a proteger los intereses de la familia.

      c) *Fin:* Lograr y mantener sólidamente la organización familiar.

Los poderes familiares no son solamente las potestades familiares tradicionales como la patria potestad o la tutela, no encarnan exclusivamente en los representantes legales de los incapaces. El contenido del poder familiar es amplísimo, no sólo en cuanto a las personas que pueden ejercerlo sino también en cuanto a la naturaleza del poder. Además de aquellos que tienen por objeto la representación y protección de los incapaces, existen poderes que, sin suponer una incapacidad, persiguen la consagración del interés familiar. El concepto de poder familiar incluye, no sólo aquellos de que está investido el individuo, sino también los atribuidos a entes; no sólo las facultades otorgadas a particulares miembros de la familia, sino las encomendadas a extraños y a funcionarios públicos.

Cicu define los poderes familiares como facultades para crear situaciones familiares, modificarlas, extinguirlas, protegerlas y fiscalizarlas. Si coordinamos esta definición de Cicu con la que hemos propuesto anteriormente, podemos decir que los poderes familiares son facultades o potestades para crear, modificar, extinguir, proteger o fiscalizar situaciones jurídicas familiares, atribuidas por la ley a particulares miembros de la familia, extraños a ella o a órganos del Estado, con el objeto de lograr y mantener sólidamente la organización familiar.

2. Caracteres.

A. Los poderes familiares son atribuidos a los órganos familiares por la ley con la finalidad fundamental de lograr y mantener sólidamente la organización familiar y deben ser ejercidos orientándolos a ese objetivo.

B. El poder familiar se identifica con el concepto de función, con la finalidad de consagrar los intereses de la familia, y por tanto, tienen un aspecto primordial de deber. Son poderes-deberes y no poderes-derechos.

Las posibilidades de actuación que el poder familiar proporciona, las facultades que atribuye, son un derivado de la función y por ella están limitadas.

C. El poder familiar, la función, debe ejercerse. El no uso, la falta de ejercicio o el mal uso producen su desaparición. En cambio, la posibilidad de renunciar a un poder familiar es excepcional y siempre porque el interés familiar resulta protegido merced a esa renuncia.

D. No necesita capacidad de respuesta en la persona sometida al poder familiar. Él puede ejercerse en relación a un incapaz o a una persona capaz.

E. Son regulados en forma uniforme y única por normas imperativas e inderogables. Los poderes familiares no responderían a las exigencias del interés superior de la familia si se pudieran estructurar diversamente según el capricho del titular de ellos.

3. Clasificación de los poderes familiares.

A. Antonio Cicu clasifica los poderes familiares en dos especies: a) Poderes en sentido propio. b) Poderes de excitar al desempeño de la función o de promover la aplicación del derecho objetivo.

a) Los primeros, los *poderes en sentido propio*, los subdivide, a su vez, en cinco especies: a) Poder de constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas familiares (poder de casarse, de solicitar la

conversión de la adopción simple en plena, de divorciarse). b) Poder de decisión y ejecución en orden al cuidado de la persona y de los bienes del incapaz (patria potestad, tutela, curatela). c) Poder de fiscalización (autorización de los padres o abuelos para el matrimonio del hijo o nieto, autorización de los padres del menor de dieciocho años para que éste sea adoptado). d) Poder de vigilancia (poder del padre o de la madre divorciados o separados legalmente de cuerpos, de vigilar la educación de los hijos) (Art. 193 C.C.). e) Poder consultivo (en todos los casos en que el tutor requiera autorización judicial, el Tribunal competente, antes de darla, oirá la opinión del Consejo de Tutela).

b) Los segundos, los poderes familiares orientados a provocar el ejercicio de los poderes familiares en sentido propio, el cumplimiento de las funciones protectoras de la familia y la aplicación del derecho objetivo se subdividen en atención a que se confieran o no por motivos individuales: a) Conferidos por motivos individuales, por ejemplo: el poder de reclamar el estado de hijo. b) No conferidos por motivos individuales. Ejemplo: el que corresponde a los padres, abuelos, tíos, etc., de oponerse al matrimonio, el derecho de un cónyuge de promover la interdicción o inhabilitación del otro.

B. Federico Puig Peña clasifica los poderes familiares de la siguiente forma:

a) Poderes relativos a la biología del vínculo familiar (nacimiento, modificación o extinción). Es, por ejemplo, un poder de este tipo, la facultad que tienen los padres de reconocer al hijo, porque mediante su ejercicio *nace* el vínculo jurídico familiar de filiación.

b) Poderes relativos a la efectividad del vínculo. Es necesario hacer una subdivisión para distinguir las situaciones siguientes:

- Poderes de decisión y ejecución en sentido estricto. Aquí están comprendidas las potestades tradicionales como la patria potestad, la tutela.
- Poderes de control efectivo: Ejemplo, las facultades de los padres o abuelos de autorizar el matrimonio de sus descendientes.
- Poderes de vigilancia, como por ejemplo, la facultad que tiene el protutor de vigilar la actuación del tutor, el derecho del cónyuge separado legalmente o del ex cónyuge, de vigilar la educación de los hijos.

Algunos autores se refieren a poderes consultivos meramente, como por ejemplo, el que tiene el Consejo de Tutela de emitir su opinión en los

casos en que el tutor, para realizar un acto en representación del pupilo, requiera autorización judicial. Pero, en opinión de Puig Peña, esta potestad debe subsumirse en las anteriores.

Además de estos poderes familiares, llamados por el destacado maestro, poderes de primer orden, puede concebirse otras facultades que sólo tienen por objeto impulsar el cumplimiento, la actuación de las primeras, como por ejemplo, la facultad que tiene una persona de reclamar su estado de hijo.

Junto a estos poderes familiares, llamados internos, ejercidos por particulares, existen las facultades que el Estado se reserva y que actualiza a modo de control preventivo (autorizaciones), confirmativo (ratificaciones) o sustitutivos, mediante la asunción de ciertas facultades.

II. Órganos familiares

1. *Concepto.* Los poderes familiares se actualizan, se cumplen, mediante los órganos familiares. Los órganos familiares son las personas o entes a los cuales la ley atribuye un poder familiar, vale decir, una facultad encaminada a lograr y mantener sólidamente la organización familiar.

Existen numerosos poderes familiares. Toda persona, particular o funcionario público y todo ente, privado o público, al cual el Derecho atribuye un poder familiar, es un órgano familiar. De allí que los órganos familiares sean también numerosos. Debido a esta proliferación, precisamente, resulta muy difícil enunciarlos todos. Por eso, mencionaremos sólo algunos por vía de ejemplo.

2. *Clasificación*

A. Por su constitución los órganos familiares pueden ser *individuales* o *colectivos.* Los primeros, los individuales, son las personas, bien sean particulares o funcionarios públicos, a quienes el Derecho reconoce un poder familiar. Por ejemplo: el padre, la madre, el abuelo, el hermano, el tutor, el Síndico Procurador Municipal, el Juez de Familia, etc. Los colectivos, por su parte, son los colegiados. Son los entes, públicos o privados, a los que el Derecho ha encomendado el cumplimiento de un poder familiar. Ejemplo: el Consejo de Tutela, el INAM.

B. Por su carácter, los órganos familiares se clasifican en *Públicos* y *Privados.* Los privados son particulares o cuerpos integrados por particulares a quienes el Derecho atribuye facultades orientadas a consagrar los intereses superiores de la familia. Ejemplo: el tutor, el protutor, el padre, el Consejo de Tutela.

Los órganos familiares públicos son los órganos que desempeñan función estatal en relación con la familia. Ellos pueden clasificarse, a su vez, en judiciales y administrativos. Los primeros son los que administran justicia en lo que a la familia se refiere. Ejemplo: El Juez de Familia, el Juez Superior en lo Civil, el Juez de Menores. Los órganos administrativos son aquellos a los que el Derecho atribuye poderes familiares que no implican administración de justicia, no tienen potestad jurisdiccional. Ejemplo: El Síndico Procurador Municipal, el Fiscal del Ministerio Público, el INAM.

Advertencia: No siempre cada poder corresponde a un órgano. No siempre cada órgano ejerce un solo poder. Puede ocurrir, por una parte, que un mismo poder sea ejercido por varios órganos. Ejemplo: la tutela, el poder de decisión y ejecución en orden al cuidado de la persona y los bienes del pupilo, son ejercidos por varios órganos: el tutor, el protutor, el Consejo de Tutela. El poder de oponerse al matrimonio corresponde a varios órganos (padres, abuelos, tíos, hermanos, tutor, etc., de cualquiera de los futuros contrayentes).

Por otra parte, existen órganos familiares a los cuales el Derecho atribuye varios poderes familiares. Ejemplo: el padre.

Finalidad: Los poderes familiares son facultades atribuidas por el Derecho a personas, particulares o funcionarios públicos o a entes, públicos o privados, con el objeto de lograr y de mantener la organización familiar. La finalidad del poder familiar, de *todo poder familiar*, es consagrar los intereses superiores de la familia. Como quiera que los poderes familiares se actualizan, se cumplen a través de los órganos familiares, la finalidad de éstos es, precisamente, la de ejecutar los poderes familiares y, en consecuencia, enderezar su acción al beneficio de los intereses de la familia.

3. *Principales órganos familiares*

A. Órganos familiares privados. Encontramos, en primer término, a los familiares. Éstos, por su misma condición, son los más directamente interesados en proteger los intereses familiares y, por eso, es lógico que a ellos el Derecho atribuya los poderes necesarios para la obtención de tal fin. En este caso el supuesto es que entre el investido del poder familiar (órgano familiar) y la persona en relación con la cual se ejerce, exista un vínculo familiar. Cuando no existen familiares, o están ausentes, o han sido privados de tales poderes o el ejercicio de éstos resulte incompatible por existir conflicto de intereses, los poderes familiares se confieren a personas extrañas a la familia. Es bueno advertir, sin embargo, que excepcionalmente, un extraño puede ser preferido a un familiar, pero esto sólo ocurre cuando la ley acuerda a la voluntad

de un particular o a la autoridad pública la facultad de encomendar tal poder a un extraño; tal es el caso de la tutela testamentaria y dativa y de las curatelas en las que el investido del poder no tiene relación familiar con la persona protegida.

a) *Órganos privados individuales*

- Padres: Corresponde a ellos la patria potestad, la más amplia potestad familiar, con todos sus atributos. Pero éste no es el único poder familiar de los padres. La ley les otorga otros, por ejemplo, el de representar al hijo *nasciturus*, es decir, al concebido pero aún no nacido, el de oponerse al matrimonio del hijo aunque sea mayor de edad; si el hijo es declarado entredicho pueden asumir la tutela, a falta de cónyuge; emancipado el hijo por el matrimonio, pueden asistirlo en juicio y en actos de jurisdicción voluntaria.

- Abuelos: Son los tutores legítimos. Si el tutor no fue nombrado por el padre o por la madre que ejercía la patria potestad, mediante testamento o escritura pública, corresponde a los abuelos la tutela. A falta del padre y de la madre, los abuelos tienen la facultad de autorizar el matrimonio de sus nietos mayores de 16 años, pero menores de 18 y de sus nietas mayores de 14 y menores de 18. Pueden los abuelos oponerse al matrimonio del nieto en todo caso en que sea posible legalmente tal oposición y, algunas veces, demandar la nulidad del contraído por el nieto.

- Otros consanguíneos: Los tíos, los hermanos pueden oponerse al matrimonio de los sobrinos o hermanos. Los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad pueden ejercer la acción de privación de la patria potestad, pedir al Tribunal competente el nombramiento de un curador en caso de mala administración de los bienes del hijo, por parte del padre o de la madre que ejerza la patria potestad y serán preferidos, en igualdad de condiciones, para el cargo de tutor o protutor los parientes por consanguinidad del menor, dentro del cuarto grado. Para integrar el Consejo de Tutela, el Juez preferirá a los parientes más cercanos, etc.

- Afines: A éstos son atribuidas escasas facultades familiares. Por ejemplo, si una mujer pretende contraer matrimonio antes de vencerse el lapso de diez meses contados a partir de la disolución del matrimonio anterior o de la declaración judicial de nulidad y

sin que haya dado a luz durante ese lapso, ni producido evidencia médica documentada que compruebe que no está embarazada, los hermanos, los ascendientes y descendientes de su cónyuge, que son sus afines, pueden oponerse a tal matrimonio. Los afines pueden promover la interdicción y la inhabilitación de su afín.

- Cónyuges: Pueden demandar la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos y el divorcio. Cada cónyuge puede promover la interdicción o la inhabilitación del otro; si es decretada la interdicción, recae la tutela en el cónyuge capaz y no separado legalmente de cuerpos. El cónyuge debe dar su consentimiento para que el otro adopte o sea adoptado. El cónyuge de la persona que pretenda contraer matrimonio, puede oponerse.
- Tutor: Tiene concedidos amplios poderes para proteger la persona y los bienes del pupilo. Puede oponerse al matrimonio del pupilo, etc.
- Protutor: Representa al menor en los casos en que sus intereses estén en oposición con los del tutor, puede solicitar al Juez competente el nombramiento de otro tutor, cuando la tutela quede vacante o abandonada, etc.
- Curador: *General:* Asiste al curado en todas las relaciones patrimoniales en que intervenga. *Especial:* Limita su actuación a determinados actos. Cuando, por ejemplo, una persona que tiene hijos bajo su patria potestad va a contraer matrimonio, debe recurrir al Juez competente para que les nombre un curador *ad hoc* para levantar un inventario de los bienes propios de los hijos.

Otro caso: el que constituye heredero, legatario o hace donación a un menor o a un entredicho puede nombrarle un curador especial para la administración de los bienes que les transmite.

b) Órgano privado colegiado

Consejo de Tutela: Es un órgano de la tutela. La ley lo ha creado para moderar la autoridad del tutor, ilustrar al Juez y proteger al tutelado. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil vigente, en todos los casos determinados por la ley, o en que, según este Código, necesita el tutor obtener autorización judicial, el Tribunal oirá la opinión de un Consejo, compuesto de cuatro personas, que se constituirá permanentemente para cada tutela, por todo el tiempo que ésta dure.

B. Órganos familiares públicos. El Estado se reserva una serie de poderes familiares que actualiza mediante autorización, ratificaciones o sustituciones en ciertas facultades. La ejecución de tales poderes se verifica a través de órganos judiciales o administrativos.

a) Órganos judiciales

a') Jueces Superiores en lo Civil: Conocen en apelación, en los juicios de divorcio, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio, etc.

b') Jueces de Primera Instancia en lo Civil: Órgano fundamental del poder de control y aprobación. Decreta la interdicción o inhabilitación, decide sobre oposiciones al matrimonio. Es competente en los juicios de divorcio, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio, de filiación, etc.

c') Jueces de Menores. Están facultados para autorizar el matrimonio del varón mayor de 16 años, pero menor de 18 y de la mujer mayor de 14, menor de 18, a falta de padres, abuelos y tutor, o cuando existe desacuerdo entre los padres o no fuere posible lograr la autorización de dos abuelos (en caso de haber más). Puede intervenir en los castigos que impongan el padre o la madre que ejerzan la patria potestad, cuando no sean suficientes los moderados y se requieran otros. Debe autorizar al padre y a la madre que ejerzan la patria potestad para realizar actos que excedan a la simple administración, sobre los bienes de los hijos.[1]

d') Jueces de Parroquia o Municipios: Son funcionarios autorizados por la Ley para celebrar matrimonios.

b) Órganos administrativos

a') Síndico Procurador Municipal: Puede oponerse al matrimonio. Puede demandar la nulidad del matrimonio en ciertos casos. Puede promover la interdicción del mayor de edad o del menor emancipado que se encuentre en estado habitual de defecto intelectual, etc.

b') Fiscal del Ministerio Público: Interviene como parte de buena fe en todas las causas de divorcio, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio, acciones de filiación.

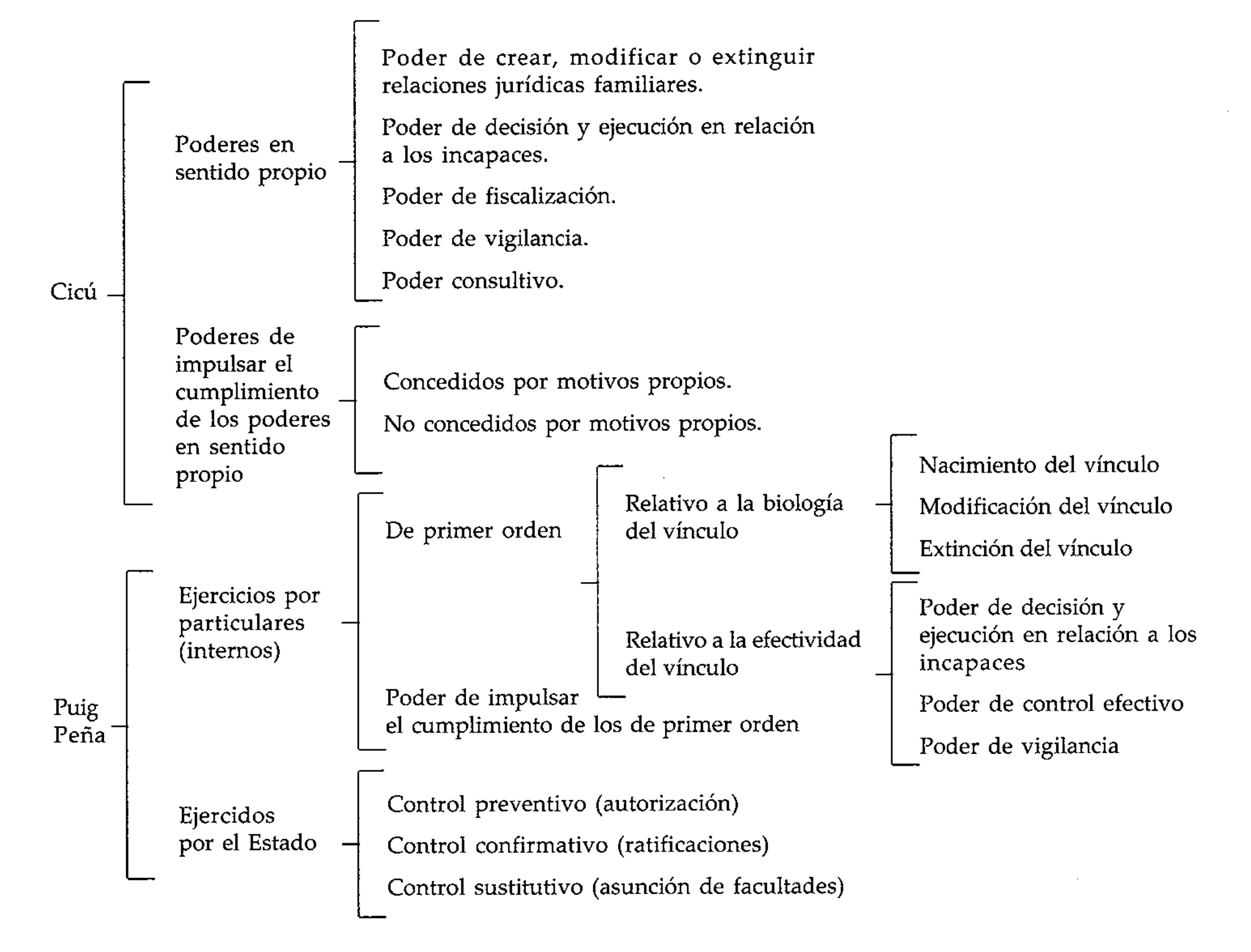
c') Procuradores de Menores, Prefectos de Parroquia o Municipio, Instituto Nacional del Menor.[2]

---

[1] *Vid.* arts. 175, 177, Parágrafos 1º y 4º, LOPNA.

[2] *Vid.* de la LOPNA los arts. 133 y ss., y el 674.

CLASIFICACIÓN DE LOS PODERES FAMILIARES



CLASIFICACIÓN DE LOS ÓRGANOS FAMILIARES

Según su constitución	**Individuales**	(Ej. el padre, la madre, el tutor, el curador, el Síndico Procurador Municipal, el Juez de Primera Instancia en lo Civil, etc.).
	Colegiados	(Ej. el Consejo de Tutela, el Instituto Nacional del Menor (I.N.A.M.).
Según su carácter	**Privados**	(Ej. el padre, la madre, el hermano, el tutor, el abuelo, la abuela, el Consejo de Tutela, etc.).
	Públicos	(Ej. el Juez de Primera Instancia en lo Civil, el I.N.A.M., etc.).

Capítulo III

EL DERECHO DE FAMILIA. CONCEPTO. ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA. SUS CARACTERÍSTICAS. DIFERENCIAS CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO PRIVADO

I. El Derecho de Familia

La familia, como hemos dicho antes, es una comunidad natural, es una institución que cumple una función individual y social indiscutible. Esa institución requiere un ordenamiento, un conjunto de principios y de disposiciones que la regulen y que la organicen dentro del orden jurídico en general. Ese conjunto de principios y de normas jurídicas reguladoras de la familia constituye el Derecho de Familia.

1. *Concepto*

A. En sentido estricto, el Derecho de Familia es el conjunto de principios jurídicos y de disposiciones legales que tiene por objeto regular los estados familiares y las relaciones jurídicas, personales o patrimoniales, que derivan de ellos. Para aclarar este concepto estricto de Derecho de Familia, es menester, siquiera sea brevemente, hacer referencia a la noción de *estado familiar* o *estado de familia.*

Estado familiar es la condición que una persona tiene en la familia a la cual pertenece. Está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras. Tales vínculos pueden ser el *vínculo conyugal,* que une a los esposos; el *vínculo parental o parentesco,* que une a las personas que descienden una de otra —parentesco por consanguinidad en línea recta—, a las que descienden de un autor común —parentesco por consanguinidad en línea colateral—, a las personas entre las cuales se ha creado un parentesco legal que no coincide con la realidad biológica —parentesco creado— por adopción plena —o a una persona con los consanguíneos de su cónyuge — parentesco por afinidad— y el *vínculo de adopción,* derivado de la adopción simple, que une al adoptante con el adoptado.

En nuestra legislación se reconocen cuatro estados familiares primarios: El estado conyugal, el de pariente consanguíneo, el de pariente afín y el de adopción. De los estados familiares derivan relaciones personales y patrimoniales.

Pues bien, los estados familiares y los efectos que ellos producen son regulados por el Derecho de Familia. Por tal razón el Derecho de Familia, en sentido estricto, se define como el conjunto de principios jurídicos y de disposiciones legales que tienen por objeto regular los estados familiares —el conyugal, el de pariente consanguíneo, el de pariente afín y el derivado de la adopción— y las relaciones jurídicas, personales y patrimoniales, que derivan de ellos. DC = DF + DP + DS + DR + DO.

B. En sentido amplio el Derecho de Familia comprende, además del Derecho de Familia en sentido estricto, es decir, además del conjunto de principios jurídicos y normas legales cuyo objeto es regular la organización de la familia, aquellos que determinan la condición de las personas. De acuerdo a este criterio se considera el Derecho Civil dividido en Derecho de Familia, Derecho Sucesoral, Derechos reales y Derecho de obligaciones, incluyendo en el Derecho de Familia el Derecho de Personas y el Derecho de Familia en sentido estricto. DC = DF + DS + DR + DO.

C. En sentido más amplio aún, se concibe el Derecho de Familia como el Derecho Civil con exclusión del Derecho de obligaciones y de los Derechos reales que integrarían el Derecho de bienes. Comprende el Derecho de Familia, en este sentido amplísimo, el conjunto de principios jurídicos y normas legales que tienen por objeto determinar la condición de las personas, regular la organización de la familia y la sucesión hereditaria.

DC = DF + DB

2. *Ámbito del Derecho de Familia.* Tradicionalmente se ha ubicado el Derecho de Familia en el campo del Derecho Civil y, en consecuencia, en el campo del Derecho Privado. No obstante, desde hace varias décadas, se debate el problema de la ubicación del Derecho de Familia entre las ramas del Derecho. La circunstancia de que la mayoría de las normas del Derecho de Familia sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos familiares, ha hecho que la doctrina dude acerca de si la ubicación tradicional es o no correcta.

Jellinek sostuvo la tesis de que el Derecho de Familia es parte del Derecho Público. Para los autores argentinos Rebora y Spota, estaríamos viviendo el tránsito del Derecho de Familia, del Derecho Privado al Público.

Sin embargo, quien ha atacado con mayor énfasis la concepción tradicional en relación a la ubicación del Derecho de Familia, ha sido Antonio Cicu. Para él y para quienes siguen su opinión, la familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus integrantes. De allí surge la existencia de un interés familiar, distinto del individual o

privado y del estadal o público y por ello, en la clásica división del Derecho en Público y Privado, debe incluirse un tercer término, el Derecho de Familia, categoría intermedia pero independiente. Afirmó Cicu que es contrario al criterio más elemental de sistematización científica incluir al Derecho de Familia en el Derecho Privado. La relación jurídica familiar —en opinión de este destacado autor— tiene las características de la relación de Derecho Público —interés superior y voluntades convergentes a satisfacerlo—. En los últimos años de su vida, Cicu rectificó su opinión en un artículo publicado en 1955. Allí, expresó el destacado civilista que la ausencia del concepto clave del Derecho Público, la soberanía, distingue al Derecho de Familia del Derecho Público para considerarlo parte autónoma del Derecho Privado.

Desde que Cicu destacó las diferencias del Derecho de Familia con el Derecho Privado y su afinidad con el Derecho Público, fundada en la semejanza entre la relación jurídica familiar y la relación de Derecho Público, se plantea la discusión acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia. La opinión que se tenga a este respecto depende de la que se sustente en relación a la distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Entre los diversos criterios empleados con tal fin destacan el *funcional* y el *subjetivo*. De acuerdo al primero, la distinción se fundamenta en la posición de autonomía o dependencia que el individuo tenga frente al Estado. Si se acepta este criterio, se podría considerar el Derecho de Familia como Derecho Público, como quiera que, en las relaciones de aquél, priva el principio de dependencia al fin sobre el de autonomía de la voluntad.

Si se toma en consideración el criterio subjetivo y se basa la distinción en la condición de los sujetos de las relaciones jurídicas, debe concluirse que el Derecho de Familia es Derecho Privado, puesto que la familia no tiene carácter de ente público.

Sostienen esta posición destacados autores, tales como Castán Tobeñas, Díaz de Guijaro, Gangi, Belluscio, Barassi, Borda. A juicio de Borda, la pretensión de desglosar el Derecho de Familia del Derecho Privado implica un desconcertante contrasentido. Se pregunta este eminente autor ¿puede concebirse algo más privado, más hondamente humano que la familia, en cuyo seno el hombre nace, vive, ama, sufre y muere? Y alerta en el sentido de que los que propugnan la segregación del Derecho de Familia del Privado, consciente o inconscientemente, preparan el camino hacia un intolerable intervencionismo estatal en la vida íntima de la familia. Apunta, además, que es sintomático que los únicos países en que el Código de Familia se ha segregado del Civil sean Rusia, Yugoslavia, Bulgaria y Checoslovaquia.[3]

[3] Cfr. Guillermo Borda, *Manual de Derecho de Familia*, págs. 8 y 9.

En relación con el problema de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, la doctrina moderna ha puesto de manifiesto que no debe darse demasiada importancia a la ubicación de aquél dentro de la división clásica del Derecho, puesto que, hoy en día, tal distinción ha perdido trascendencia debido a que, en la práctica, se presentan frecuentemente desplazamientos recíprocos entre ambos campos y, además, a que todavía no se ha podido establecer, nítidamente, la diferencia entre ellos.

Lo que sí es cierto es que el Derecho de Familia tiene una serie de peculiaridades, de caracteres específicos que lo distinguen de otras ramas del Derecho Privado y que lo hacen ocupar un lugar peculiar.

II. Características del Derecho de Familia. Sus diferencias con otras ramas del Derecho Privado

De las distintas partes en que, de acuerdo a la tradición, se divide el Derecho Civil, el Derecho de Familia es el que tiene características más singulares. El fundamento natural y social de sus instituciones, el origen y contenido ético de sus normas, la estructura de sus relaciones, son rasgos que separan el Derecho de Familia de otras ramas del Derecho Civil e, incluso, han generado la opinión de los que sostienen que el Derecho de Familia, sin ser Derecho Público, se acerca más a él que al Privado.

Son características del Derecho de Familia, las siguientes:

A. *Su contenido ético.* La familia es una comunidad natural, ella responde a una serie de instintos y sentimientos de la naturaleza humana. Como comunidad natural y organismo social que es, no se encuentra regulada exclusivamente por el Derecho. Otros sistemas reguladores de la conducta humana como la moral, la religión y la costumbre, influyen en el Derecho de Familia como en ningún otro. «De la ética y de la religión proceden los preceptos más fundamentales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiándoselos a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos».[4]

Por eso, en el campo del Derecho de Familia existen normas cuya violación no acarrea sanción alguna y disposiciones cuya transgresión no produce sino una sanción atenuada. Por ejemplo, de acuerdo a nuestra legislación vigente la violación del impedimento matrimonial de *turbatio*

---

[4] Cfr. Roberto Ruggiero, *Instituciones del Derecho Civil,* Vol. II, pág. 7.

sanguinis, no acarrea sanción alguna. La violación del impedimento al matrimonio entre tío y sobrino o los descendientes de éste no produce la sanción que correspondería de acuerdo a la estricta técnica jurídica, que sería la nulidad de dicho matrimonio, sino una sanción atenuada que, en este caso, es una multa.

Existen en el Derecho de Familia obligaciones incoercibles, bien porque es imposible lograr, mediante la coacción, el cumplimiento forzoso de ellas, o bien porque el Derecho ha considerado más conveniente confiar su observancia a otras fuerzas que actúan en el campo familiar y social, tales como la moral, la costumbre, la religión.

B. *Transpersonalismo.* En las otras ramas del Derecho Privado el ordenamiento protege el interés individual y el derecho subjetivo se atribuye en función de tales intereses, por lo que su titular tiene la opción entre ejercerlos o no ejercerlos. En el campo del Derecho de Familia, el ordenamiento protege el interés superior de la familia y los derechos o facultades —poderes familiares— se reconocen con la finalidad de la consagración de tales intereses por lo que tienen un carácter de función. Son poderes-deberes. Son derechos que deben ejercerse conforme al deber que le es correlativo. Son derechos con fin altruista, como los llama Ferrara. No sirven al interés exclusivo del investido, sino a los intereses superiores de la familia. Su ejercicio, en consecuencia, no queda al arbitrio del titular sino que se convierte en un deber ético frente a las personas subordinadas, frente a la familia y, sobre todo, frente al Estado. En el campo del Derecho de Familia y en razón de que las facultades o derechos familiares no son atribuidos en función de intereses personales del titular, sino en función de los intereses superiores de la familia, no tiene el titular la posibilidad de optar entre ejercerlos o no. Tiene que ejercerlos, tiene que cumplirlos, son poderes-deberes.

C. *Primacía de las relaciones personales sobre las patrimoniales.* En el Derecho de Familia lo fundamental son las relaciones personales; las relaciones patrimoniales sólo se conciben como accesorias de los estados personales, de las relaciones personales e inseparables de ellas, porque las relaciones familiares de carácter patrimonial se establecen entre los miembros de la familia y no pueden producirse sino como efecto de la relación personal existente entre ellos. Así, por ejemplo, del matrimonio surge el deber de los cónyuges de contribuir, en la medida de sus recursos e ingresos, a la satisfacción de sus necesidades, la obligación alimentaria entre cónyuges, etc., el régimen patrimonial matrimonial. Y las relaciones familiares patrimoniales, por su derivación de las relaciones personales, difieren de los derechos patrimoniales en su regulación. Por ejemplo, la obligación alimentaria familiar no constituye un simple

derecho de crédito, ni la comunidad de gananciales entre cónyuges se rige por normas idénticas a las que regulan la sociedad o la comunidad entre herederos. Y es que, como dice Federico Puig Peña, en las relaciones familiares de carácter patrimonial hay algo especial en relación con los demás derechos patrimoniales: No se trata de proteger *intereses opuestos*, sino de aunar esos intereses para dar eficacia a la familia.

D. *Limitación de la autonomía de la voluntad.* Por regla general las normas de Derecho de Familia son de orden público, es decir, imperativas e inderogables por convenio de los particulares. Es la ley y no la voluntad individual la que regula la relación familiar, el alcance y contenido de los poderes familiares, la eficacia de la relación, los efectos patrimoniales de un estado. En el Derecho de Familia la regla general son las normas de orden público; la excepción, en cambio, es la existencia de normas supletorias, en las cuales tiene cabida la autonomía de la voluntad.

De la limitación de la autonomía de la voluntad, característica del Derecho de Familia, resulta que no son aplicables en este campo muchas de las reglas comunes en otras ramas del Derecho Privado. Por ejemplo:

a) En el Derecho de Familia no es aplicable el principio de la representación. En otras ramas del Derecho Privado es posible la representación en virtud de la cual el interesado puede remitir a la voluntad ajena la declaración generadora de efectos jurídicos. En el Derecho de Familia no es posible la representación propia en ningún caso. Una persona puede contratar en representación del hijo sometido a su patria potestad, pero no puede contraer matrimonio por él. La representación propia, que implica la sustitución de la voluntad del interesado por la del tercero (representante), no es posible, en ningún caso, en el Derecho de Familia. La representación impropia, que es una simple transmisión de la voluntad del interesado, se admite pero sólo en algunos casos. En nuestro Derecho la representación impropia se admite, por ejemplo, en la manifestación esponsalicia, en la celebración del matrimonio, en el reconocimiento voluntario, pero existen casos en los que no se permite ni siquiera la representación impropia: No es posible en el caso de separación legal de cuerpos por mutuo consentimiento, ni en materia de adopción.

b) *Los efectos jurídicos de las declaraciones no pueden modificarse mediante términos o condiciones.*

El consentimiento en la formación de las relaciones jurídicas familiares ha de ser puro y simple. No es posible someter el consentimiento matrimonial o un reconocimiento a un término o a una condición.

c) *Los derechos derivados de la relación familiar son indisponibles e irrenunciables por regla general.*

En otras ramas del Derecho Privado, la trasmisión y la renuncia son formas naturales de ejercer los derechos; en el Derecho de Familia no se admite ni la trasmisión ni la renuncia de los derechos derivados de la relación jurídica familiar. En los casos en que, por excepción, es posible la renuncia, lo es porque, así, se protegen y consolidan los derechos familiares.

E. *Amplia intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas familiares.* En el establecimiento de la relación jurídica familiar el Estado, a través del funcionario público competente, interviene en forma activa y determinante de manera que, además de la voluntad de las partes, para que nazca el vínculo entre ellos, se requiere, adicionalmente, el pronunciamiento del funcionario. En otras ramas del Derecho Privado ocurre, por el contrario, que la intervención estatal es excepcional y en los casos en que es necesaria, la actuación del funcionario competente se reduce a una actuación receptiva: dar fe de las declaraciones hechas por los interesados.

Capítulo IV

EL PARENTESCO, CLASES, LÍNEAS Y GRADOS. EFECTOS DEL PARENTESCO. LA AFINIDAD. SUS EFECTOS

I. El parentesco

1. *Concepto*. Generalmente se define el parentesco como el vínculo jurídico que une a las personas que integran una misma familia. El parentesco es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, bien porque una desciende de la otra, bien porque ambas descienden de un autor o ascendiente común, bien porque una es pariente por consanguinidad del cónyuge de la otra, o bien porque entre ellas se ha creado un parentesco legal que no coincide con la realidad biológica (parentesco creado por adopción plena).

   Desde que los modos sociales limitaron el concepto de familia a los padres y los hijos —familia en sentido estricto, familia moderna o conyugal— es lógico que el Derecho tome en consideración los lazos existentes entre quienes, excluidos del círculo estricto que conforma la familia moderna, tampoco pueden considerarse extraños a él.

2. *Clases de parentesco*

Según el artículo 37 del Código Civil vigente: «El parentesco puede ser por consanguinidad o por afinidad».

A. *Parentesco por consanguinidad.* Es la relación que existe entre las personas unidas por vínculo de la sangre. Es el vínculo que existe entre dos personas cuando desciende una de la otra o ambas de un autor o ascendiente común. Las personas son parientes consanguíneos unas de otras porque llevan en parte, al menos, la misma sangre. Y llevan en parte, al menos, la misma sangre porque descienden una de otra (el hijo del padre, el nieto del abuelo) o descienden ambos de un antepasado común (como dos hermanos que proceden del mismo padre, o dos primos, que proceden de un mismo abuelo).

   El parentesco de consanguinidad que une a las personas que descienden una de otra es el parentesco de consanguinidad directo o en línea recta. El que une a dos personas que descienden ambas de un autor común, pero no una de otra, es el parentesco de consanguinidad en línea colateral.

B. *Parentesco de afinidad.* Es el vínculo que existe entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

3. *Fuente de la consanguinidad*

La fuente del parentesco por consanguinidad son los vínculos de la sangre.

4. *Clasificación de la consanguinidad*

La consanguinidad puede ser natural o legal.

A. La consanguinidad natural es aquella que se produce como consecuencia del hecho natural de la generación. En este caso la consanguinidad existe entre dos personas porque entre ellas hay vínculos reales de sangre.

La consanguinidad natural puede ser matrimonial cuando la generación se produjo como consecuencia de relaciones entre personas casadas, es decir, durante el matrimonio, o así debe presumirse, y extramatrimonial cuando el hecho natural de la generación es consecuencia de relaciones entre personas no casadas. Es menester tener presente, no obstante, que la legislación venezolana, como la mayoría de las vigentes en la actualidad, concede el beneficio de la matrimonialidad a los hijos que, habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen después de haberse casado éstos. Es necesario aclarar también que, conforme a nuestra legislación vigente, comprobado el parentesco, no existe ninguna diferencia entre los efectos jurídicos producidos por la consanguinidad matrimonial y por la no matrimonial. La diferencia es de hecho, no de derecho.

B. La consanguinidad legal es aquella en la cual el parentesco deriva, no de los vínculos de la sangre, sino de la ley. Su origen está en la adopción. En esta especie de consanguinidad, entre dos personas existe consanguinidad sin que haya necesariamente vínculos reales de sangre.

En nuestro país, a partir de la promulgación de la Ley sobre Adopción en 1972, puede hablarse de consanguinidad legal. En efecto, de acuerdo a lo previsto en la citada ley, la adopción puede ser plena o simple. La adopción plena confiere al adoptado condición idéntica a la de un hijo del adoptante o adoptantes y crea parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante o de los adoptantes, entre el adoptante o los adoptantes y el cónyuge y la descendencia futura del adoptado. También crea parentesco entre los miembros de la familia del adoptante o de los adoptantes y el cónyuge y la descendencia futura del adoptado. (Artículos 57 y 58 de la Ley sobre Adopción). En el mismo sentido, los artículos 54 y 55 de la Ley de Adopción vigente (1983).[5]

---

5 *Vid.* art. 426, LOPNA.

5. Líneas y grados de parentesco

A. *Grado de parentesco* es la medida de la distancia mutua entre dos consanguíneos. Cada generación equivale a un grado. Un grado de parentesco es la distancia que hay entre dos personas engendrada una por otra. De una a otra hay una generación y cada generación es un grado. Así, por ejemplo, entre padre e hijo existe parentesco en primer grado, abuelo y nieto son parientes en segundo grado, pues entre padre e hijo hay una generación, vale decir un grado y otro entre abuelo y padre. Mientras menor sea el número de grados que separe a dos consanguíneos, más cercano o próximo será su parentesco; mientras mayor sea el número de grados que los separa, más lejano o remoto será el parentesco entre ellos.

B. *Línea de parentesco* es la serie de grados de parentesco que existe entre dos personas. Puede ser recta o colateral.

a) *Línea recta* es la serie de grados que existe entre dos personas que descienden una de otra. La línea recta puede ser ascendente o descendente.

a'/ *Línea recta ascendente* es la serie de grados que existe entre una persona y aquellas de las cuales desciende, es decir, sus ascendientes. Existe línea recta ascendente entre una persona y su padre, y su abuelo. La línea recta ascendente puede unir a una persona con su padre y ascendientes de su padre o con su madre y los ascendientes de ésta. Por eso se dice que la línea recta ascendente puede ser paterna o materna.

b'/ *Línea recta descendente* es la serie de grados que existe entre una persona y las que descienden de ella. Existe línea recta descendente entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto.

b) Línea colateral. Está constituida por la serie de grados de parentesco que existe entre personas que descienden de un antepasado común, pero no una de otra.

6. Medición o cómputo del parentesco por consanguinidad

La proximidad del parentesco por consanguinidad se mide por grados.

A. *En línea recta.* Para medir el parentesco por consanguinidad en línea recta que existe entre dos personas, se cuentan las generaciones. Cada generación es un grado. Un grado es la distancia que hay entre dos personas engendrada una por la otra. De una a otra hay una generación. Por ejemplo, padre e hijo son parientes por consanguinidad en línea recta y en primer grado, entre ellos hay una generación. Abuelo y

nieto son parientes por consanguinidad en segundo grado, pues entre ellos hay un grado entre abuelo y padre y otro entre padre e hijo.

El artículo 39 del Código Civil dispone: «En ambas líneas hay tantos grados cuantas son las personas menos una».

En la recta se sube hasta el autor.

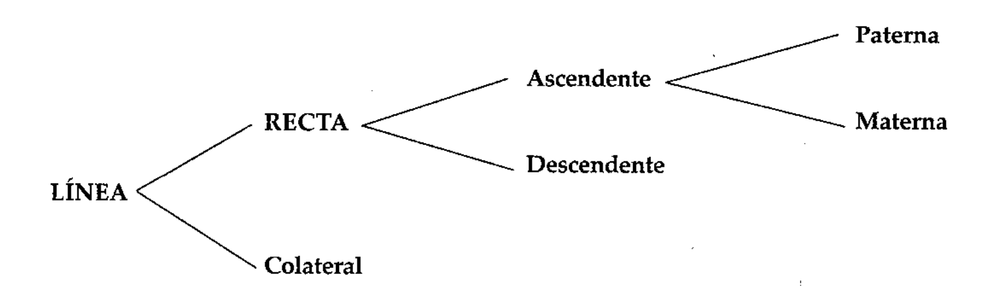
El resultado es el mismo. Por ejemplo, en la línea de parentesco entre padre e hijo hay dos personas, si restamos una, queda una y, por eso, entre el padre y el hijo existe parentesco de consanguinidad, línea recta, primer grado.

B. *En línea colateral.* Para medir el parentesco de consanguinidad colateral entre dos personas, se cuenta desde una de ellas, siguiendo en línea ascendente, hasta llegar al más próximo antepasado común con la otra persona y luego se baja por la línea recta descendente que une a este antepasado común con la otra persona con la cual se mide el parentesco. Así, dos hermanos son parientes por consanguinidad en línea colateral en 2º grado, porque hay un grado subiendo de un hermano al padre, que es el antepasado común más próximo, y otro grado bajando del padre al otro hermano. Un tío y un sobrino son parientes por consanguinidad en línea colateral en tercer grado, pues subiendo del tío a su padre, que es el ascendiente común más próximo con el sobrino (abuelo del sobrino), hay un grado y bajando desde éste hasta el nieto (sobrino) hay dos grados.

En resumen, el grado de parentesco por consanguinidad colateral, en que se encuentran dos personas entre sí, se obtiene sumando los grados que hay en las dos líneas rectas que van de cada una de aquéllas al antepasado común de ambos.

De conformidad con el artículo 39 del Código Civil, en ambas líneas hay tantos grados cuantas son las personas menos una. En la línea colateral, para medir el parentesco se sube desde una de las personas de que se trata hasta el autor común y después se baja hasta la otra persona con quien se hace la computación. Ejemplo, en la línea colateral de parentesco entre hermanos hay tres personas (un hermano, el padre que es el antepasado común más próximo y el otro hermano); si a estas tres personas que forman la línea restamos una, obtenemos como resultado que entre hermanos existe parentesco de consanguinidad, línea colateral, 2º grado.

CLASIFICACIÓN DE LAS LÍNEAS DE PARENTESCO



7. Efectos del parentesco por consanguinidad

Las distintas clases de parentesco por consanguinidad producen efectos jurídicos. Estos efectos no son siempre iguales, dependen del grado y de la línea. Por supuesto que no pretendemos ofrecer un cuadro de los efectos de las distintas líneas y grados de consanguinidad, sino que, luego de anotar los principios generales que gobiernan esos efectos, enunciaremos algunos de los deberes que impone, de los derechos que atribuye y de las prohibiciones que determina el parentesco por consanguinidad.

Los efectos de la consanguinidad en línea recta son mayores y más intensos que los de la consanguinidad en línea colateral y los de la línea recta descendente son, igualmente, mayores y más intensos que los que produce la línea recta ascendente.

Los efectos de la consanguinidad en cada línea son más intensos mientras más cercano es el parentesco.

A. *El parentesco de consanguinidad impone deberes* tales como la obligación que tienen los hijos de honrar y respetar a sus padres; los que tienen el padre y la madre que ejercen la patria potestad como obligaciones inherentes a ésta, el deber de ejercer ciertos cargos familiares, como la tutela legítima de menores que deben ejercer los abuelos, como la tutela del entredicho que, a falta de cónyuge, debe ejercer el padre o la madre; la obligación alimentaria familiar en virtud de la cual la ley impone a ciertos consanguíneos con posibilidad económica para hacerlo, la obligación de socorrer a su consanguíneo que se encuentre en situación de penuria.

B. *La consanguinidad atribuye derechos* como los que tienen el padre y la madre que ejercen la patria potestad sobre la persona y los bienes del hijo; la facultad de ejecutar actos y de ejercer acciones como, por ejemplo, el derecho que tienen algunos consanguíneos de oponerse a la celebración del matrimonio que su consanguíneo pretenda contraer

con violación de alguna disposición legal matrimonial o la facultad de vigilar la educación de los hijos que tiene el padre que no ejerza la patria potestad. El derecho de alimentos y los derechos sucesorales en la herencia *ab-intestato* del consanguíneo fallecido son también derechos atribuidos a una persona como efecto de la consanguinidad. Existen también ciertos derechos de carácter patrimonial consagrados por leyes especiales y que son consecuencia del parentesco de consanguinidad. Por ejemplo, la Ley del Trabajo en su artículo 38 dispone que cuando el contrato de trabajo termine por muerte del trabajador que no sea consecuencia de un riesgo profesional, los beneficiarios señalados en el artículo 142 (hijos e hijas menores de 18 años de filiación legalmente probada, hijas solteras mayores de 18 años, hijos mayores de 18 años con defectos físicos permanentes que los incapaciten para ganarse la vida; ascendientes que hubieren estado a cargo del difunto, nietos y nietas menores de 18) tendrán derecho a percibir las prestaciones que le hubieran correspondido.

C. *El parentesco de consanguinidad produce prohibiciones legales.* En efecto, la consanguinidad es, en algunos casos, impedimento dirimente matrimonial y, en otros, impedimento impediente. Produce también la consanguinidad, incapacidad para ser designado para ciertos cargos públicos, como por ejemplo, la prevista en el artículo 184 de la Constitución vigente, en virtud de la cual no podrá ser elegido Presidente de la República el pariente dentro del tercer grado de consanguinidad de quien esté en ejercicio de la Presidencia para el momento de la elección o de quien la haya ejercido durante más de cien días en el año inmediatamente anterior.[6] La prohibición a ciertos funcionarios públicos, de ejercer sus funciones en algunos casos. Por ejemplo, según lo dispuesto por el artículo 66 del Código Civil vigente, cuando el funcionario autorizado por la ley para recibir la manifestación esponsalicia y formar el expediente esponsalicio, es pariente por consanguinidad, dentro del cuarto grado, de alguno de los futuros contrayentes, no podrá intervenir en la formación del expediente esponsalicio ni en la celebración del matrimonio. El parentesco por consanguinidad determina también, en algunos casos, la imposibilidad de actuar como testigo instrumental o judicial y como perito o experto.

[6] *Vid.* art. 238, aparte único, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

II. La afinidad

1. *Concepto.* La afinidad es el vínculo que existe entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Es el vínculo que existe entre dos personas por ser una de ellas pariente por consanguinidad del cónyuge de la otra.

En relación con el parentesco por afinidad es conveniente hacer algunas puntualizaciones derivadas todas del mismo concepto. En primer lugar, sólo existe afinidad entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, lo que significa que para que se establezca esta especie de parentesco es absolutamente necesario el matrimonio. El concubinato en que puede vivir una pareja no produce afinidad entre cada uno de los integrantes de ella y los consanguíneos del otro.

No existe afinidad entre los consanguíneos de un cónyuge y los consanguíneos del otro.

No existe afinidad entre un cónyuge y los afines del otro. No existe afinidad entre los cónyuges; entre ellos existe vínculo matrimonial.

2. *Fuente.* La afinidad resulta de la combinación del matrimonio y de la consanguinidad entre cada uno de los cónyuges y terceras personas. Para que se establezca afinidad se requiere el matrimonio y, además, la consanguinidad.

3. *Cómputo o medición de la afinidad.* Según lo dispuesto en el primer aparte del artículo 40 de nuestro Código Civil, en la misma línea y en el mismo grado en que una persona es pariente consanguíneo de uno de los cónyuges, es afín del otro.

En consecuencia, si queremos averiguar la línea y el grado de afinidad entre dos personas, debemos medir primero la consanguinidad entre una de esas personas y el cónyuge de la otra. Así, entre la cónyuge y el padre del cónyuge existe parentesco de afinidad en línea recta y en primer grado, porque entre el cónyuge y su padre existe parentesco de consanguinidad en esa línea recta, y en ese grado, primero.

4. *Efectos de la afinidad.* Los efectos de la afinidad, si los comparamos con los de la consanguinidad, son, indudablemente, mucho menos importantes. La razón es muy natural: los sentimientos afectivos que unen a una persona con sus parientes por afinidad son, generalmente, mucho menos intensos que aquellos que los unen a sus consanguíneos.

La afinidad atribuye escasísimos derechos, impone rarísimos deberes; funciona más que todo, creando impedimentos matrimoniales, impidiendo la elección de una persona para ciertos cargos, que funcionarios públicos

ejerzan las funciones propias de su cargo, o que una persona pueda actuar como testigo instrumental o judicial y como experto o perito.

En el renglón de los derechos de los afines podemos citar, como caso casi único, la facultad de oponerse al matrimonio que tienen los ascendientes, descendientes o hermanos del ex cónyuge de una mujer (que son afines a ésta), cuando ella pretenda contraer matrimonio con transgresión del impedimento de *turbatio sanguinis*, vale decir, cuando la mujer pretenda casarse por segunda o ulterior vez, cuando aún no ha transcurrido el lapso de diez meses contados a partir de la disolución o nulidad del matrimonio, sin haber producido evidencia médica documentada de la cual resulte que no está embarazada y sin haber dado a luz en tal lapso.

En cuanto a deberes generados por la afinidad, puede mencionarse la posibilidad de que los afines sean elegidos por el Juez competente para integrar el Consejo de Tutela, como relacionados de la familia del menor.

La afinidad, por otra parte, es en ciertos casos, impedimento matrimonial dirimente y, en otros casos, impedimento matrimonial impediente. También es causa de que una persona no pueda ser elegida para ciertos cargos. Así, el pariente por afinidad dentro del segundo grado de quien estuviese ejerciendo la Presidencia de la República para el momento de la elección o de quien la hubiera ejercido más de cien días en el año inmediatamente anterior, no puede ser electo Presidente de la República (Art. 184, Constitución venezolana vigente).

5. *Terminación de la afinidad.* En Roma la afinidad cesaba con la muerte de alguno de los esposos (*Digesto*, fr. 3, I, III, 1). En el Derecho Francés antiguo ocurrió lo mismo. El Derecho Canónico modificó el sistema con el fin de poder prohibir el matrimonio entre el yerno y la suegra o el que pudiera intentar contraer el suegro con la nuera. Para ello era necesario admitir que la afinidad no cesaba con la muerte de alguno de los cónyuges.

Nuestro Código Civil, en el último aparte de su artículo 40, establece:

> «La afinidad no se acaba por la disolución del matrimonio, aunque no existan hijos, excepto para ciertos efectos, y en los casos especialmente determinados por la Ley».

No parece lógico que siendo necesario el matrimonio para que se establezca el vínculo de afinidad entre cada uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro, la disolución de aquél no determine la extinción de la afinidad.

La explicación se encuentra en la fuente del artículo comentado, que es el artículo 52 del C.C. italiano de 1865 que, en su último aparte, dice:

«L'affinità non cessa per la morte; anche senza prole, del coniuge dal quale deriva, saivochè per alcuni efetti nei casi specialmente determinati dalla lege».

Nótese que en el último aparte del artículo 40, nuestro Código Civil habla de disolución del matrimonio y no solamente de muerte de uno de los cónyuges.

Si hacemos un poco de historia podemos establecer que el último aparte del artículo 40 del C.C. de 1922 copiaba textualmente el último aparte del artículo 52 del C.C. italiano de 1865. En la discusión del Proyecto del C.C. del 42, en la Cámara de Diputados, el diputado Grazziani propuso una nueva fórmula:

«La afinidad se acaba por la disolución del matrimonio, aunque no existan hijos, excepto en los casos en que la disolución se produjera por muerte de uno de los cónyuges, y para ciertos efectos, en los casos especialmente determinados por la ley».

Esta fórmula, siendo mucho más lógica, fue negada votándose la proposición original del proyecto, conforme a la cual se sustituyó la palabra muerte del último aparte del Código del 22 por disolución, para incluir no sólo la muerte, sino también el divorcio que, desde 1904, había sido consagrado como causa de disolución del matrimonio en Venezuela.

La circunstancia de que la afinidad no se extinga con la disolución del matrimonio produce escasos efectos, reducidos al impedimento matrimonial dirimente entre afines en línea recta, y otras pocas consecuencias sin mayor importancia.

Capítulo V

RÉGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA FAMILIAR. SUS FUENTES. CONDICIONES Y CARACTERES JURÍDICOS

I. Régimen legal del derecho de alimentos

Todo derecho de alimentos implica una obligación correlativa. Cuando se va a estudiar el régimen legal del derecho de alimentos, es conveniente comenzar por establecer, de manera precisa, la diferencia entre:

Obligación de alimentos.

Obligación legal de alimentos.

Obligación legal de alimentos propiamente dicha u obligación alimentaria familiar.

Obligación de alimentos es el deber que tiene una persona de suministrar a otra los recursos que ésta requiere para subsistir. Esta obligación puede derivar de una convención, de un hecho ilícito, de un testamento (legado de alimentos) o de la ley. En este último caso existe obligación legal de alimentos.

Obligación legal de alimentos es, en consecuencia, el deber que tiene una persona, establecido en la ley, de suministrar a otra los recursos que ésta necesite para subsistir.

Ahora bien, esta especie de obligación de alimentos, la obligación legal de alimentos, puede resultar de la relación familiar existente entre el deudor y el acreedor de ella, sin requerir ninguna otra condición o consideración adicional. Así, por ejemplo, por la relación familiar de paternidad o maternidad, el padre y la madre están obligados a mantener, educar e instruir a sus hijos menores (artículo 282 C.C.). Por la relación familiar conyugal, sin requerir ninguna otra consideración, cada uno de los cónyuges está obligado a contribuir, en la medida de sus recursos y ganancias, a la satisfacción de las necesidades del otro (artículo 139 C.C.).

Puede suceder también, que no baste la relación familiar existente entre el deudor y el acreedor alimentario, sino que se requiera una condición adicional: la situación de penuria o necesidad del acreedor. En este último caso se habla de obligación legal de alimentos propiamente dicha u obligación alimentaria familiar.

Obligación legal de alimentos propiamente dicha u obligación alimentaria familiar es el deber que tiene una persona, establecido en la ley, de suministrar a ciertos familiares, que se encuentren en situación de penuria, lo que éstos requieran para subsistir. En este caso, como hemos visto, además de la relación familiar entre el deudor y el acreedor alimentario, debe concurrir la circunstancia de que el último se encuentre en situación de penuria.

1. *Obligación alimentaria familiar*

Condiciones. Definida como ha sido la obligación alimentaria familiar, pasemos a estudiar sus condiciones. Ellas son:

Una persona en situación de penuria (necesitado).

Un familiar del necesitado a quien la ley imponga el deber de socorrerlo.

Capacidad económica del familiar legalmente obligado.

En efecto, la obligación alimentaria familiar requiere, para actualizarse, que una persona esté en situación de penuria y que esa persona tenga un familiar (al menos uno, aunque pueden ser varios) obligado por la ley a socorrerlo, y con capacidad económica para hacerlo.

a) *Una persona en situación de penuria o estado de necesidad económica (necesitado).* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 294 del Código Civil vigente:

> «La prestación de alimentos presupone la imposibilidad de proporcionárselos el que los exige, y presupone, asimismo, recursos suficientes de parte de aquel a quien se piden, debiendo tenerse en consideración, al estimar la imposibilidad, la edad, condición de la persona y demás circunstancias. Para fijar los alimentos se atenderá a la necesidad del que los reclama y al patrimonio de quien haya de prestarlos.
>
> Si después de hecha la asignación de los alimentos, sobreviene alteración en la condición del que los suministra o del que los recibe, el Juez podrá acordar la reducción, cesación o aumento de los mismos según las circunstancias».

Del contenido de esta disposición se infiere lo que debe considerarse estado de necesidad económica o situación de penuria y, además, su carácter relativo. En efecto, una persona está en situación de penuria cuando no puede, por sus propios recursos, cubrir o satisfacer sus necesidades de subsistencia y las de las personas que dependen de ella.

Es, el de situación de penuria, un concepto relativo, ya que para estimar la imposibilidad del necesitado de proporcionarse los recursos que él y los

que de él dependen necesitan para subsistir, es menester tomar en consideración la edad, la condición de la persona y otras circunstancias, lo que hace que dicha imposibilidad —situación de penuria— varíe con la edad y condiciones propias del necesitado. Varía de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso y de allí, precisamente, su relatividad Así, percibiendo dos personas mensualmente idénticos recursos, puede encontrarse una de ellas en situación de penuria y la otra no, por las distintas condiciones personales y familiares de cada una.

Pongamos por ejemplo: Dos hombres tienen idénticos ingresos mensuales, Bs. 10.000,00. Uno de ellos es soltero, sin ninguna carga familiar; el otro tiene esposa y diez hijos menores, de los cuales algunos, por sus condiciones de salud, requieren tratamiento médico y medicamentos especiales y costosos. Es obvio que, aunque perciben iguales ingresos cada mes, por sus condiciones particulares no se encuentran en igual situación. Además, la situación de necesidad o penuria es una cuestión de hecho que debe comprobarse y que, en cada caso, debe apreciar el Juez de Instancia.

De acuerdo con nuestro Código Civil, puede darse el caso de personas que, estando en situación de penuria, no pueden, sin embargo, reclamar alimentos de su familiar legalmente obligado. Esas personas son:

El que fuere de mala conducta notoria con respecto al obligado, aun cuando hayan sido acordados por sentencia (artículo 299 C.C.). Es conveniente observar que, de conformidad con el artículo 291 del Código Civil del 42, no tenía derecho a alimentos «El que fuere de mala conducta notoria, aun cuando hayan sido acordados por sentencia». Si comparamos ambas disposiciones, la contenida en el artículo 291 del Código del 42 y la del artículo 299 del vigente, advertimos una diferencia: Conforme a la primera, quien fuera de mala conducta notoria no tenía derecho a alimentos frente a ninguno de sus familiares legalmente obligados a socorrerlo en su estado de penuria, aun cuando su mala conducta notoria no se diera respecto del obligado. Bastaba la mala conducta notoria, en general. Así quien sin causa justificada, no tiene ocupación lícita conocida, el timador, los delincuentes habituales, los corruptores, los testigos de oficio, el contrabandista, los ebrios habituales, quien utiliza menores en la mendicidad, los rateros, entre otros, son de mala conducta notoria. Pues bien, estas personas, durante la vigencia del Código del 42, no tenían derecho a reclamar alimentos de ninguno de sus familiares legalmente obligados, aun cuando hubieran sido acordados por sentencia.

Según el Código Civil vigente y en virtud de la modificación introducida en la disposición que contempla esta causa de pérdida del derecho a alimentos, es menester que la mala conducta notoria del necesitado se

produzca con respecto al obligado, de suerte que, si aquél tiene otro familiar legalmente obligado a socorrerlo y con respecto a quien no haya observado mala conducta notoria, conserva frente a éste su derecho a alimentos.

La apreciación, en cada caso, de si existe o no mala conducta notoria con respecto al obligado, corresponde de manera exclusiva al Juez de Instancia, porque es cuestión de hecho.

El artículo 300 del Código Civil prevé otros casos en los cuales una persona, aun cuando esté en situación de necesidad, no tiene derecho a alimentos. En efecto, de acuerdo al contenido de la mencionada disposición, tampoco tiene derecho a alimentos:

1. El que intencionalmente haya intentado perpetrar un delito que merezca cuando menos pena de prisión, en la persona a quien pudiera exigirlos, en la de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos.
2. El que haya cometido adulterio con el cónyuge de la persona de quien se trata.
3. El que sabiendo que ésta se hallaba en estado de demencia, no cuidó de recogerla o hacerla recoger, pudiendo hacerlo.

Quienes están en algunos de los casos contemplados en el artículo 300 del Código Civil, no pueden exigir alimentos a aquellos familiares legalmente obligados, en relación con los cuales hubieren cometido los actos que, precisamente, producen la imposibilidad de hacer la reclamación.

En relación con el número de necesitados que soliciten alimentos de un mismo familiar legalmente obligado, pueden presentarse varios casos diferentes:

Que el necesitado sea uno solo. En este caso, el familiar legalmente obligado, si tiene capacidad económica, por supuesto, debe socorrerlo.

Que los necesitados sean varios. Puede ocurrir que el familiar legalmente obligado *pueda,* económicamente, socorrerlos a todos; entonces tendrá el deber legal de hacerlo. Pero también puede suceder que, siendo varios los necesitados, el deudor no sea capaz económicamente para atenderlos a todos. Si es así, se aplica el orden de preferencia. Según el artículo 289 del Código Civil vigente, si el obligado es casado y tiene hijos o descendientes, éstos y el cónyuge tienen derecho preferente. De manera que, siendo varios los necesitados, el obligado, si no puede socorrerlos a todos, debe atender primero su cónyuge y a sus descendientes.

En el caso de que varias personas en situación de penuria ocurran a una misma persona a reclamar alimentos y sean los reclamantes

ascendientes y hermanos del obligado, éste debe atender primero a sus ascendientes y luego a sus hermanos. Esto debe deducirse, por argumento a contrario, de la disposición contenida en el encabezamiento del artículo 285 del Código Civil.

De conformidad con el Código Civil del 42, la obligación alimentaria llegaba hasta los hermanos, de manera que no había, en ningún caso, obligación alimentaria familiar con respecto a los tíos y a los sobrinos. En cambio, según el aparte único del artículo 285 del Código Civil vigente, el necesitado, siempre que sea de edad avanzada o esté entredicho, puede reclamar alimentos a sus tíos y sobrinos, cuando no tenga cónyuge, descendientes, ascendientes ni hermanos o cuando, teniéndolos, tales familiares no posean medios suficientes para socorrerlo. El Juez competente podrá imponer la prestación de alimentos estrictamente necesarios.

Es menester aclarar que cuando son varias personas de una misma categoría (varios hermanos, por ejemplo) las que concurren con derecho a alimentos frente a un mismo familiar legalmente obligado, los alimentos se repartirán entre ellos atendiendo al número y condición económica de los necesitados.

En este orden de ideas obtenemos, como el orden de prelación en que deben ser socorridos los familiares necesitados que solicitan el cumplimiento de la obligación alimentaria familiar de una misma persona como familiar legalmente obligado, el siguiente:

Primero deben ser atendidos el cónyuge y los descendientes, pues su derecho prevalece sobre el de los demás.

En *segundo lugar* una persona debe socorrer a sus ascendientes.

Si habiendo satisfecho la solicitud de alimentos de su cónyuge y de sus descendientes que se encuentran en situación de exigirlos, o no teniendo cónyuge ni descendientes en tal situación, una persona tiene posibilidades de socorrer a alguien más y tiene ascendientes y hermanos necesitados, debe suministrar primero *a sus ascendientes* los recursos necesarios para subsistir, luego debe atender *a sus hermanos* y por último a sus tíos y sobrinos, si son de edad avanzada o están entredichos.

b) *Un familiar legalmente obligado.* Todo derecho alimentario familiar tiene un deber correlativo. Es decir, para que una persona que se encuentre en situación de necesidad pueda reclamar alimentos, es menester que exista un familiar al cual la ley le imponga la obligación de socorrerlo.

Si bien *moralmente* una persona está obligada, pudiendo hacerlo, a socorrer a sus semejantes, *jurídicamente* no está obligada a socorrer sino a ciertas categorías de familiares: cónyuge — descendientes — ascendientes — hermanos — tíos y sobrinos.

Orden de prelación:

Cuando proceda la obligación alimentaria y existan dos o más obligados potencialmente a prestarla, la reclamación se hará en el siguiente orden:

Primero al cónyuge, una persona en situación de penuria debe recurrir en primer lugar a su cónyuge (artículo 286 C.C.). Cuando la vida conyugal transcurre normalmente, la obligación alimentaria familiar entre cónyuges es absorbida por el deber de socorro conyugal. Cuando existe alguna situación anormal en las relaciones conyugales es cuando se evidencia la obligación alimentaria que existe entre los esposos. Así, de conformidad con la parte final del artículo 139 de nuestro Código Civil, la obligación de socorro cesa para con el cónyuge que se ha separado del hogar común sin justa causa. Entonces, si éste cae en situación de penuria, el otro cónyuge tiene que cumplir con la obligación alimentaria familiar.

En segundo lugar, la obligación alimentaria familiar recae sobre los descendientes del necesitado (artículo 285 C.C.). Si la persona que se encuentra en situación de penuria no tiene cónyuge o si, teniéndolo, no es capaz económicamente para socorrerla, la obligación alimentaria pasa a los descendientes.

Según el Código Civil vigente, la obligación alimentaria recae sobre los descendientes por orden de proximidad. Cuando el necesitado tiene varios descendientes en el mismo grado de proximidad (varios hijos o varios nietos, por ejemplo) y con capacidad económica para socorrerlo, la proporción en que cada uno de ellos deba contribuir al pago de los mismos, si no llegan a un acuerdo entre ellos, será establecida por el Juez, de acuerdo con los recursos y ganancias de que, respectivamente, dispongan los obligados.

Conforme al Código del 42, si el necesitado era el padre, el orden en que debían concurrir sus descendientes a socorrerlo era el siguiente: hijos legítimos y sus descendientes en representación, hijos ilegítimos y sus descendientes en representación, hijos adoptivos (en adopción simple, pues los adoptados en adopción plena se equiparaban a los legítimos). Si la necesitada era la madre, los descendientes ilegítimos se equiparaban a los legítimos en relación a la obligación alimentaria para con su madre y ascendientes maternos.

Cuando había varios descendientes de igual grado de parentesco con el necesitado, la obligación alimentaria se dividía entre ellos en partes iguales. Si uno de ellos no tenía posibilidades económicas que le permitieran cumplir con su obligación, la parte de éste no satisfecha se dividía, también en partes iguales, entre los demás.

Podía ocurrir que concurrieran al mismo tiempo, a socorrer al ascendiente necesitado, descendientes de él en diferentes grados de parentesco. Este caso se daba cuando los descendientes en grado más lejano tenían derecho a participar, por derecho de representación, con los descendientes más próximos, en la herencia intestada del necesitado.

También se podía dar el caso de que descendientes en igual grado de parentesco concurrieran con porciones desiguales a socorrer al ascendiente necesitado.

Todo lo dicho era consecuencia de lo dispuesto por el Código del 42 en el aparte único del artículo 287 C.C., según el cual «Entre los descendientes, la graduación se regula por el orden en que serían llamados a la sucesión de la persona que tiene derecho a los alimentos». En virtud de esta disposición, si faltaba un descendiente intermedio (hijo premuerto), correspondía por «representación» a sus descendientes (nietos del necesitado) proporcionar alimentos al ascendiente (abuelo) por la parte de su ascendiente que faltaba (hijo del abuelo, su padre) simultáneamente con otros descendientes de grado más cercano del alimentista.

De conformidad con el artículo 285 del Código Civil vigente «La obligación de alimentos recae sobre los descendientes, por orden de proximidad». Significa que, a partir de la vigencia del Código reformado, no puede ocurrir que descendientes en distinto grado de parentesco concurran simultáneamente a socorrer al ascendiente, sino cuando los descendientes en grado más próximo no puedan satisfacer íntegramente la obligación alimentaria y, por eso, la parte no satisfecha por él o ellos, debe serlo por los descendientes que le siguen en proximidad.

La «representación» para alimentar la excluye el artículo 285 del Código vigente al imponer la obligación de alimentos a los descendientes por orden de proximidad.

En caso de adopción simple, el adoptado concurre junto con los hijos del necesitado a socorrerlo, en la proporción que el Juez determine, de acuerdo a los recursos o ganancias de cada uno de los hijos (de sangre o adoptivos) por orden de proximidad.

El artículo 287 C.C. dispone:

> «En caso de adopción simple, los deberes y las obligaciones de los padres y de los hijos recaen sobre el adoptante o adoptantes y el adoptado, recíprocamente; pero las de éste sólo se extienden a sus ascendientes».

El adoptado en adopción plena tiene a este respecto una situación idéntica a la del hijo de sangre. [7]

---

[7] *Vid.* arts. 407 y 684 LOPNA.

En tercer lugar, la obligación alimentaria recae sobre los ascendientes. Si el necesitado no tiene cónyuge ni descendientes o, si teniéndolos, uno y otros, son incapaces económicamente para socorrerlo, la obligación alimentaria recae sobre los ascendientes del necesitado.

Es conveniente distinguir la obligación, establecida por la ley, que tienen los padres de mantener, educar e instruir a sus hijos menores, de la obligación alimentaria familiar de los ascendientes. La obligación alimentaria familiar de los padres aparece cuando los hijos, habiendo llegado a la mayoridad, se encuentran en estado de penuria; en los demás ascendientes surge cuando los descendientes, mayores o menores de edad, están en situación de necesidad y los padres han muerto o estando vivos son incapaces económicamente de socorrerlos.

La obligación alimentaria familiar por parte de los ascendientes debe cumplirse por orden de proximidad. En efecto, el artículo 283 del Código Civil dice textualmente:

> «Si el padre y la madre han fallecido, no tienen medios o están impedidos para cumplir con las obligaciones contempladas en el artículo anterior, éstas pasan a los otros ascendientes, maternos y paternos, por orden de proximidad».

En consecuencia, el deber corresponde primero a los ascendientes de grado más próximo al necesitado y sólo cuando éstos han fallecido o no tienen posibilidad económica para socorrerlo, la obligación va pasando sucesivamente a los ascendientes de grado más lejano. Si existen varios ascendientes en un mismo grado de proximidad, la proporción en que cada uno de ellos pueda contribuir a socorrer al necesitado, la establecerá el Juez, en atención a los recursos y ganancias de los obligados. Durante la vigencia del Código del 42, si existían varios ascendientes en el mismo grado de parentesco del necesitado y todos eran capaces para socorrerlo, la obligación alimentaria se dividía en partes iguales, en virtud de que, de acuerdo al artículo 288 C.C. del 42:

> «Existiendo simultáneamente varios obligados cada uno debe concurrir en la misma porción de su cuota en la herencia ab-intestato del necesitado».

Obligación alimentaria de los ascendientes en caso de adopción. A partir de la promulgación de la Ley sobre adopción (1972), debe distinguirse:

En caso de adopción plena el adoptado adquiere la condición de hijo de sangre (consanguinidad legal o civil) del o de los adoptantes y se crea parentesco entre el adoptado y los familiares del o de los adoptantes, entre el adoptante y los descendientes del adoptado y entre los familiares del o

de los adoptantes y los descendientes del adoptado. En este caso el adoptado en adopción plena, se equipara al hijo; debe socorrer y ser socorrido en igual orden de prelación que el hijo de sangre.

En caso de adopción simple, el adoptante debe atender primero a su cónyuge, luego a sus descendientes, adoptados en adopción plena que se asimilan a los hijos de sangre, o adoptados en adopción simple, pero en relación a estos últimos, la obligación no va más allá del adoptado. [8]

Para que los hijos puedan reclamar alimentos de sus padres ha de estar legalmente comprobada su filiación. Sin embargo, la Ley Tutelar de Menores, en su artículo 44, prevé algunos casos en los que los hijos no reconocidos pueden reclamar alimentos a sus padres. Esos casos son:

1) Cuando su filiación resulte establecida indirectamente, de sentencia dictada por autoridad judicial.

2) Cuando la filiación resulte de explícita declaración por escrito del respectivo progenitor o de otra confesión de éste que conste en documento público. Consideramos conveniente acotar que si la declaración de paternidad o maternidad ha sido hecha en forma clara e inequívoca, aunque incidental —en un documento público o auténtico otorgado con otro objeto—, tal declaración constituye un reconocimiento voluntario, conforme a lo estatuido por el artículo 218 C.C.

3) Cuando a juicio del Juez, el vínculo filial resulte de un conjunto de circunstancias y elementos que, conjugados, constituyan indicios suficientes, precisos y concordantes.

En todos estos casos el hijo no reconocido puede reclamar alimentos de sus padres, pero éstos no podrán reclamarlos de aquéllos, a menos que se compruebe legalmente el vínculo de filiación que los une. [9]

En cuarto lugar están obligados a socorrer al necesitado, sus hermanos.

Cuando una persona que se encuentre en situación de penuria no tiene cónyuge, ni descendientes, ni ascendientes o, si teniéndolos, son económicamente incapaces para socorrerlo, la obligación alimentaria recae sobre los hermanos y hermanas.

De conformidad con lo previsto en el artículo 296 del Código vigente, cuando son varios los obligados conjuntamente a prestar alimentos, la proporción en que cada uno de ellos deba contribuir al pago de los mismos, incluidos los gastos que ocasiona la educación de los menores, si los

---

[8] *Vid.* arts. 426 y 427 LOPNA.

[9] *Vid.* art. 367 LOPNA.

hubiere, será establecido por el Tribunal atendiendo a los recursos o ganancias de que respectivamente dispongan los obligados. Si uno de éstos recibe y mantiene al beneficiario en su propia casa, el Juez fijará el monto de lo que deben pagar los otros, tomando en consideración la calidad de los alimentos prestados en especie y acordará lo debido para que todos soporten una carga comparable.

FAMILIAR LEGALMENTE OBLIGADO

Orden de Prelación (Cuadro comparativo)

Código Civil 1942	Código Civil Vigente
1º Cónyuge (art. 287)	1º Cónyuge (art. 286)
2º Descendientes por el orden en que serían llamados a la sucesión intestada del necesitado (artículo 217, aparte único). La proporción en que debían contribuir se determinaba por la cuota hereditaria *ab intestato.*	2º Descendientes por orden de proximidad (art. 285). La proporción en que deban contribuir cuando son varios conjuntamente obligados, si no hay acuerdo entre ellos, la fija el Tribunal de acuerdo a los recursos y ganancias de cada uno de ellos.
3º Ascendientes (artículo 287), Padre-Madre (dif. artículo 284). Otros ascendientes por orden de proximidad (Art. 283)	3º Ascendientes por orden de proximidad (art. 283) la proporción la fija el Tribunal, conforme a los recursos y ganancias de cada uno de los obligados, si no hay acuerdo entre ellos.
4º *Hermanos:* La proporción en que deban concurrir se establecerá por la cuota hereditaria *ab intestato.*	4º *Hermanos:* La proporción en que deban contribuir, si no hay acuerdo entre los varios obligados, la fija el Tribunal tomando en consideración los recursos y ganancias de cada uno.
	5º *Tíos y sobrinos* si el Tribunal lo impone y cuando el beneficiario es de *edad avanzada o entredicho.*

En consecuencia, si una persona que se encuentra en estado de penuria tiene varios hermanos, la proporción en que cada uno de ellos debe contribuir al pago de la obligación alimentaria con el hermano, si no hay acuerdo entre ellos, la fijará el Tribunal, de acuerdo a los recursos y ganancias de que dispongan los obligados.

De acuerdo con el Código Civil del 42, la obligación alimentaria llegaba sólo hasta los hermanos; los tíos y los sobrinos no eran familiares legalmente obligados a suministrar alimentos a sus sobrinos y tíos, respectivamente.

Pero, de conformidad con el aparte único del artículo 285 del Código vigente, cuando el necesitado no tiene cónyuge, descendientes, ascendientes ni hermanos, o si, teniéndolos, ellos no disponen de medios económicos para socorrerlo, *el Tribunal competente podrá* imponer a *los tíos y sobrinos* la prestación *de alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida* a quien *los reclama, cuando éste sea de edad avanzada o esté entredicho.*[10]

c) *Capacidad económica del obligado.* Para que se actualice la obligación alimentaria familiar, es menester que el familiar legalmente obligado a socorrer al necesitado, sea capaz económicamente, es decir: tenga recursos económicos suficientes para atender a su familiar necesitado.

La capacidad económica, como el estado de necesidad económica, es un concepto relativo, pues varía de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso.

Es una cuestión de hecho que debe comprobarse y cuya apreciación corresponde al juez de instancia.

El obligado legalmente a socorrer a un familiar necesitado tiene capacidad económica cuando, después de atender a la satisfacción de sus necesidades y de las personas que dependen de él, le sobran recursos con que socorrer a su familiar.

2. *Caracteres de la obligación alimentaria familiar*

La obligación alimentaria familiar es una relación jurídica de contenido patrimonial. Pero, como quiera que deriva de una relación familiar, que es accesoria de una relación familiar, es una relación familiar patrimonial. Precisamente, por su derivación de condiciones y relaciones personales, difiere de los derechos patrimoniales en su regulación. La obligación alimentaria familiar no es un simple derecho de crédito. Tiene características que la distinguen entre las cuales las fundamentales son:

A. *La obligación alimentaria es de orden público.* Las disposiciones que regulan la obligación alimentaria familiar son, por regla general, de orden público y por ello no pueden ser derogadas o modificadas por convenio de los particulares.

B. *La obligación alimentaria familiar es condicional.* La obligación alimentaria familiar presupone la necesidad de quien haya de recibir los alimentos

---

[10] *Vid.* art. 368 LOPNA.

y la capacidad económica de quien haya de pagarlos. Ella subsiste en tanto subsiste la necesidad del beneficiario y la capacidad económica del deudor. Es una obligación sometida a una doble condición.

C. *La obligación alimentaria familiar es variable.* Tanto si aumentan o disminuyen los recursos del alimentante, como si aumenta o disminuye la necesidad del alimentista, aumentará o disminuirá, correlativamente, la cuantía de la obligación alimentaria. [11]

D. *La obligación alimentaria familiar es recíproca.* Quien está obligado a proporcionar alimentos a un pariente necesitado, tiene derecho a obtenerlos de éste si llega a estar necesitado y el alimentista inicial estuviere en situación de socorrerlo. Existe un caso en que, por excepción, no es recíproca la obligación alimentaria familiar. En efecto, el hijo cuya filiación no está legalmente comprobada puede reclamar alimentos a sus progenitores en los casos previstos en el artículo 44 de la Ley Tutelar de Menores, a los cuales hemos hecho referencia antes. Sin embargo, el progenitor no puede en ningún caso, reclamar alimentos del hijo cuya filiación no esté legalmente establecida.

E. *La obligación alimentaria familiar y el crédito son personales e intransmisibles.* La obligación alimentaria familiar deriva del vínculo familiar que existe entre el alimentista y el alimentante que es personalísimo, y, por ello, lo es también el deber-derecho de alimentos. Además, precisamente por ser personalísimos tanto el deber como el derecho de alimentos, son intransmisibles. No pueden cederse ni por actos entre vivos, ni por actos *mortis causa.*

F. *La obligación alimentaria familiar es irrenunciable* (art. 293 C.C.). La obligación alimentaria familiar y el derecho alimentario que le es correlativo no es un simple derecho individual de libre disposición y sí un derecho protegido por razón de interés público. De allí que el derecho de reclamar alimentos no puede renunciarse. Debe aclararse que lo que no puede renunciarse es el derecho a exigir alimentos; las pensiones atrasadas sí pueden renunciarse.[12]

G. *La obligación alimentaria no es susceptible de compensación* (art. 292 C.C.). La obligación alimentaria familiar no puede compensarse con la deuda que el alimentista tenga contraída con el alimentante, porque la obligación alimentaria familiar tiene por objeto hacer posible la subsistencia de aquél

---

[11] *Vid.* art. 375 LOPNA.

[12] *Vid.* art. 377 LOPNA.

y, de ser compensable, resultaría comprometida la propia persona del alimentista. Las pensiones atrasadas sí pueden compensarse.

H. *La obligación alimentaria no es susceptible de transacción.* Toda transacción implica una renuncia parcial; por eso, como el derecho a reclamar alimentos es irrenunciable, no es susceptible de transacción. Las pensiones atrasadas sí pueden ser objeto de transacción.

I. *La obligación alimentaria familiar es imprescriptible.* El derecho de reclamar alimentos no prescribe. Las pensiones atrasadas sí prescriben en un lapso de dos años contados a partir de la fecha en que fueron exigibles, de la última fecha en que se cobraron sin éxito.[13]

J. *La obligación alimentaria familiar no es solidaria.* Cuando concurren varios obligados a proporcionar alimentos a una persona, cada uno de los deudores no puede ser constreñido a pagar íntegramente la obligación, sino que ésta se divide de acuerdo a las reglas establecidas en la ley.[14]

K. *La obligación alimentaria familiar es inembargable.* Aunque la legislación venezolana no establece expresamente la inembargabilidad de la pensión alimentaria, tal característica se deduce del carácter personal del derecho de exigir alimentos, el cual no puede ser ejercido por los acreedores del necesitado mediante la acción oblicua. Por otra parte, si el crédito alimentario pudiera ser embargado, persistiría la situación de penuria en el acreedor y, por tal motivo, se produciría a su favor un nuevo crédito que podría ser embargado, produciéndose entonces una serie de embargos y de solicitudes de alimentos, contrarios a la finalidad de la obligación alimentaria familiar.

L. *La obligación alimentaria familiar es de cumplimiento sucesivo y anticipado.*[15]

M. *La obligación alimentaria familiar es crédito privilegiado en algunos casos.* El artículo 52 de la ley Tutelar de Menores establece que el crédito por alimentos a favor del menor es privilegiado y gozará de preferencia sobre los demás créditos privilegiados establecidos por la ley.[16] Además, la Ley Tutelar de Menores, con la finalidad de garantizar el efectivo cumplimiento de la obligación alimentaria cuando el beneficiario es un menor, autoriza al Juez a tomar cualquiera de las medidas consagradas en su artículo 48 y que son las siguientes:

---

[13] *Vid.* art. 378 LOPNA.

[14] *Vid.* art. 371 LOPNA.

[15] *Vid.* art. 374 LOPNA.

[16] *Vid.* art. 379 LOPNA.

– Dictar respecto al patrimonio del obligado las medidas preventivas que considere convenientes, someterlo a administración especial y fiscalizar la misma.

– Ordenar al empleador que de los sueldos, salarios, pensiones o prestaciones del obligado, retenga la cantidad fijada para su entrega a la persona que se le indique.[17]

– Tomar sobre el patrimonio del obligado, a su prudente arbitrio, las medidas preventivas que juzgue convenientes, hasta una suma equivalente a veinticuatro (24) mensualidades por vencer, número que podrá ser aumentado, a juicio del Juez. También podrá dictar las medidas ejecutivas aprobadas para garantizar el cumplimiento de las pensiones alimentarias vencidas.

– Podrá igualmente ordenar la celebración de un contrato de fideicomiso sobre determinado bien del obligado que haya sido afectado por la medida en favor de los beneficiarios y al que se aplicará, en cuanto corresponda, lo establecido en la Ley de la materia; no obstante, el fideicomiso no será necesariamente remunerado y el Juez podrá nombrar fiduciario a toda persona capaz de contratar. La Ley de la materia se aplica también a los fiduciarios que sean personas naturales y a los administradores de personas jurídicas que sean Bancos o Compañías de Seguros.[18]

Advierte, además, la L.T.M. en su artículo 50 que la persona natural o jurídica que, obligada a efectuar las retenciones y entregas ordenadas por el Juez, no las hiciere, deberá pagar a los beneficiarios la cantidad que debió retener o entregar, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Consideramos oportuno un breve comentario acerca de una innovación introducida en la L.T.M.: la *Solvencia Alimentaria.* En efecto, el Capítulo III, Título II del Libro Segundo de la L.T.M., se refiere a la Solvencia Alimentaria. De conformidad con lo previsto en el artículo 53, se considerará insolvente al padre, a la madre o a las demás personas obligadas por la ley que, sin causa justificada, dejaren transcurrir treinta días consecutivos sin cumplir con la prestación alimentaria debida a menores, a la que estén obligados en virtud de sentencia, fijación provisional, convenimiento, transacción, acuerdo o compromiso que conste en declaración voluntaria. El artículo 54 de la mencionada Ley,

[17] *Vid.* art. 380 LOPNA.

[18] *Vid.* art. 381 LOPNA.

por su parte, prescribe, para todas las personas obligadas por la ley, que hayan sido demandadas o requeridas por la autoridad competente a pagarle a un menor la pensión alimentaria, la obligación de presentar certificado de solvencia alimentaria, para salir del país, realizar cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes muebles o inmuebles, derechos o acciones y para contratar con el Estado u obtener de éste el pago de prestaciones de cualquier índole.

Pensamos que constituye, ciertamente, un paso de avance en la obtención del cumplimiento efectivo de la obligación alimentaria para con los menores, la consagración de la llamada solvencia alimentaria y su exigencia en los casos señalados. Conforme al artículo 55 L.T.M., el Estado ejercerá el control y fiscalización de todo lo relativo a la solvencia alimentaria por órgano del Instituto Nacional del Menor, mediante los sistemas, métodos, procedimientos y organización que se establezcan en el reglamento respectivo. Dicho Reglamento define el Certificado de Solvencia alimentaria como el documento mediante el cual se hace constar que una persona demandada o requerida a pagarle una pensión de alimentos a un menor, no adeuda nada por tal concepto, crea la Oficina Centralizadora de Solvencias Alimentarias del Instituto Nacional del Menor y dispone que la referida oficina hará conocer la identificación de las personas demandadas por pensiones alimentarias, a todos los Registradores Subalternos, Mercantiles, Notarios o quienes hagan sus funciones, a fin de que se tomen las providencias para impedir que estas personas requeridas realicen actos de enajenación o gravamen de bienes. Prescribe también que se evitará, a través de la Oficina de Administración de Hacienda, que un funcionario, siendo insolvente en materia alimentaria, reciba prestaciones.[19]

3. *Contenido de la obligación alimentaria familiar*

El Código Civil del 42 no precisaba el contenido de la obligación alimentaria. Por esta circunstancia tradicionalmente se había recurrido, para establecer el contenido de dicha obligación, al artículo 911 C.C. que se refiere al legado de alimentos. Dice textualmente:

> «El legado de alimentos comprende la comida, el vestido, la habitación y demás cosas necesarias durante la vida del legatario; y puede extenderse, según las circunstancias, a la instrucción conveniente a su condición social».

Cuando el obligado era un hermano del necesitado, el mencionado Código del 42 se refería a los alimentos estrictamente necesarios. Existen distintos criterios al respecto.

---

[19] *Vid.* art. 223 LOPNA.

Algunos autores piensan que la expresión «alimentos estrictamente necesarios» significa que, cuando el deudor es un hermano, su deber se limita a proporcionar comida.

Otros autores piensan que es necesario distinguir entre alimentos congruos, que incluyen el suministro de comida, vestido, habitación y los demás recursos necesarios tomando en consideración las condiciones y circunstancias especiales del acreedor, y alimentos necesarios que incluyen también comida, vestido y habitación, pero calculados con base en el mínimo requerido por una persona cualquiera para subsistir.

El Código Civil vigente, en su artículo 284, al referirse a la obligación alimentaria de una persona para con sus padres y demás ascendientes paternos y maternos, establece que «Esta obligación comprende todo cuanto sea necesario para asegurarles mantenimiento, alojamiento, vestido, atención médica, medicamentos y condiciones de vida adecuados a su edad y salud...». Se refiere el legislador, obviamente, a los llamados en doctrina, alimentos congruos. Pensamos que si a los ascendientes se les deben alimentos congruos, con mayor razón se les deben al cónyuge y a los descendientes, quienes tienen derecho preferente.

En el último aparte, la disposición citada prevé: «La obligación alimentaria existe también respecto del hermano o hermana, pero la misma sólo comprende la prestación de los alimentos indispensables para asegurarles el sustento, vestido y habitación». En nuestra opinión, en este caso el legislador limita el contenido de la obligación a los alimentos necesarios.

Por último, en los casos en los que el Juez en ejercicio de la facultad atribuídale por la ley, imponga, a un tío o a un sobrino, la obligación de socorrer al sobrino o al tío de edad avanzada o entredicho, la obligación comprende los «alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida al que los reclama...» (artículo 285, último aparte).[20]

4. Formas de cumplir la obligación alimentaria familiar

Existen dos formas de cumplir la obligación alimentaria familiar: la forma propia y la impropia.

En la primera, el aumentante recibe en su casa al alimentista y allí le suministra lo que requiera para subsistir.

---

[20] *Vid.* art. 382 LOPNA.

En la forma impropia, el cumplimiento de la obligación alimentaria familiar se realiza mediante la entrega al necesitado, por parte del alimentante, de una pensión alimentaria que sea suficiente para que aquél satisfaga sus necesidades y las de las personas que dependen de él. [21]

La escogencia de la forma de cumplir la obligación alimentaria familiar corresponde al deudor de alimentos o alimentante (art. 288, C.C.). Sin embargo, existen casos en los cuales el deudor de alimentos no puede optar entre las dos formas de dar cumplimiento a su obligación.

En efecto, conforme al artículo 288 del Código Civil:

> «El que deba suministrar los alimentos puede optar entre pagar una pensión alimentaria o recibir y mantener en su propia casa a quien los reclama, salvo que se trate de menores cuya guarda corresponde, por ley o decisión judicial a otra persona, o que el Juez estime inconveniente permitir esta última forma.[22] Si el beneficiario es alguno de los padres o ascendientes del obligado, la prestación de alimentos en especie no se admitirá cuando aquéllos no quieran recibirlos en esta forma».

Se puede concluir, entonces, que el obligado no puede elegir entre las dos formas de cumplir la obligación alimentaria, sino que debe hacerlo en forma impropia en tres casos:

1) Cuando el alimentista es ascendiente del alimentante y no quiera recibir los recursos que necesita para sobrevivir en la casa de su descendiente que haya de suministrárselos.

2) Cuando el Juez competente encuentre justificado no permitir el cumplimiento de la obligación alimentaria familiar en forma propia.

3) Cuando el alimentista es un menor cuya guarda corresponda por ley o por decisión judicial, a otra persona.

5. *Nacimiento de la obligación alimentaria familiar*

Es necesario que el titular del derecho de alimentos haga uso del mismo, que reclame su derecho. Esta reclamación puede ser judicial o extrajudicial.

Si el titular del derecho lo reclama extrajudicialmente y el deudor acepta dicha reclamación, nace el deber. El alimentante y el alimentista fijan el monto y la forma de pago de la obligación. Lo acordado por ellos en tal convenio, tiene pleno valor. Si el deudor no acepta la reclamación extrajudicial del acreedor, éste deberá utilizar la vía judicial. Durante el juicio de alimentos también pueden las partes llegar a un acuerdo que

---

[21] *Vid.* art. 365 LOPNA.

[22] *Vid.* art. 370 LOPNA.

ponga fin a la reclamación judicial. En caso de no lograrse el acuerdo y de proseguir el juicio, los efectos de la sentencia definitiva y firme se retrotraen a la fecha de la admisión de la demanda y, desde entonces, se considera exigible la obligación.

6. *Extinción de la obligación alimentaria familiar*

La obligación alimentaria familiar se extingue por varias causas:

A. Por la cesación de la situación de penuria en el acreedor. Sabemos que uno de los requisitos de la obligación alimentaria familiar es que exista un necesitado, vale decir, una persona en situación de necesidad. Si la situación de penuria o necesidad cesa, se extingue la obligación alimentaria familiar.

B. Por la cesación de la capacidad económica del deudor. Si el deudor deja de tener medios suficientes para socorrer a su familiar necesitado, se extingue la obligación alimentaria familiar.

C. Por muerte del alimentista o del alimentante. Sabemos que la obligación alimentaria familiar es personal e intransmisible. Por tal razón, la muerte del deudor o del acreedor extingue la obligación.

D. Por la mala conducta notoria del acreedor respecto del deudor. Cuando una persona es de mala conducta notoria respecto del obligado, no puede reclamar alimentos, aun cuando se encuentre en situación de penuria. Cuando una persona está recibiendo el cumplimiento de la obligación alimentaria familiar y, durante ese cumplimiento, observa mala conducta notoria respecto del obligado, se extingue la obligación alimentaria familiar de la cual él es acreedor.

Cuando el alimentista o acreedor alimentario incurre en algunos de estos actos que lo hacen indigno de recibir la obligación alimentaria familiar (casos previstos en el artículo 300 C.C.).

E. Por la desaparición del vínculo familiar. La obligación alimentaria familiar deriva del vínculo familiar que existe entre el deudor y el acreedor de alimentos. Si tal vínculo desaparece (por ejemplo, si el matrimonio se disuelve, si la adopción se anula o se revoca) se extingue la obligación alimentaria familiar.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el art. 195 C.C., es posible que, habiendo sido disuelto el matrimonio por divorcio, un ex cónyuge quede obligado a suministrar al otro pensión alimentaria.

Ciertamente, cuando el divorcio haya sido declarado por alguna de las causas previstas en los seis primeros ordinales del artículo 185 C.Ç., el Juez, al declararlo, podrá imponer al cónyuge que ha incurrido en los actos constitutivos de tales causales, la obligación de suministrar pensión alimentaria al cónyuge inocente cuando éste, por incapacidad física u otro impedimento similar, se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de otros medios para satisfacer sus necesidades.

Esta obligación cesará cuando desaparezca la situación de penuria del ex cónyuge, con la muerte del obligado o del beneficiario y cuando este último contraiga nuevo matrimonio.[23]

II. Procedimientos judiciales para reclamar alimentos

1. *Sistema del Código de Procedimiento Civil*

Se utiliza cuando el demandante es mayor de edad. El Juez competente es el de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del demandado o del demandante a elección de éste.

> *Artículo 747.* «Siempre que conste de modo auténtico la cualidad del acreedor y del deudor de la obligación alimentaria, en virtud de la cual pretenda el demandante tener derecho a los alimentos, la respectiva demanda se sustanciará y decidirá por los trámites del procedimiento breve previsto en el Título XII, Libro Cuarto de este Código; salvo lo que dispongan leyes especiales».
>
> *Artículo 748.* «Por solicitud del demandante, y con base en los elementos y pruebas que le sean presentados, el Juez podrá hacer una estimación provisional de la cantidad necesaria que el demandado deberá entregar al demandante mensualmente, quincenalmente, o semanalmente, según se determine. Dicha estimación será apelable en un solo efecto».
>
> *Artículo 749.* «A los fines del artículo anterior, el Juez dictará las medidas siguientes:
>
> 1º Ordenar al deudor de sueldos, salarios, pensiones, u otras remuneraciones o rentas del demandado que retengan la cantidad fijada y la entrega a la persona indicada.
>
> 2º Ejecutar sobre los bienes del demandado cualesquiera medidas que considere necesarias para asegurar con ellas la entrega de la cantidad fijada».
>
> *Artículo 750.* «Es competente para conocer de este procedimiento el Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del demandante, o el del demandado, a elección de aquél».
>
> *Artículo 751.* «Cuando la cualidad del acreedor y del deudor de la obligación alimentaria no conste de modo auténtico, la demanda se sustanciará y decidirá por las reglas del procedimiento ordinario».

---

[23] *Vid.* art. 383 LOPNA.

Según se desprende de las disposiciones preinsertas, el C.P.C. del 87 introdujo en esta materia, interesantes reformas:

1. En lo atinente al procedimiento a utilizar en los juicios de alimentos, es menester distinguir:

a) Si la cualidad del acreedor y del deudor de la obligación alimentaria consta de modo auténtico, se procederá con arreglo a lo dispuesto para el procedimiento breve.

b) Si, por el contrario, la cualidad del acreedor y del deudor de la obligación no consta de modo auténtico, la demanda se sustanciará y decidirá por los trámites del procedimiento ordinario.

2. Además, por solicitud del demandante y con base en los elementos y pruebas que le sean presentados, el Juez podrá hacer una estimación provisional de la cantidad necesaria que el demandado entregará al demandante en la periodicidad que determine el Juez. Algo similar era posible en el C.P.C. de 1916.

3. Para asegurar el pago de la cantidad fijada, el Juez dictará las medidas previstas en el art. 749 del C.P.C.

4. El Juez competente es el de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del demandante o del demandado, a elección del primero. De conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil anterior (1916), el Juez competente era siempre el de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del demandado.

2. *Sistema de la Ley Tutelar de Menores*

Se utiliza cuando el demandante es menor de edad (menor de 18 años) (Artículos 2 y 3, Ley Tutelar del Menor).

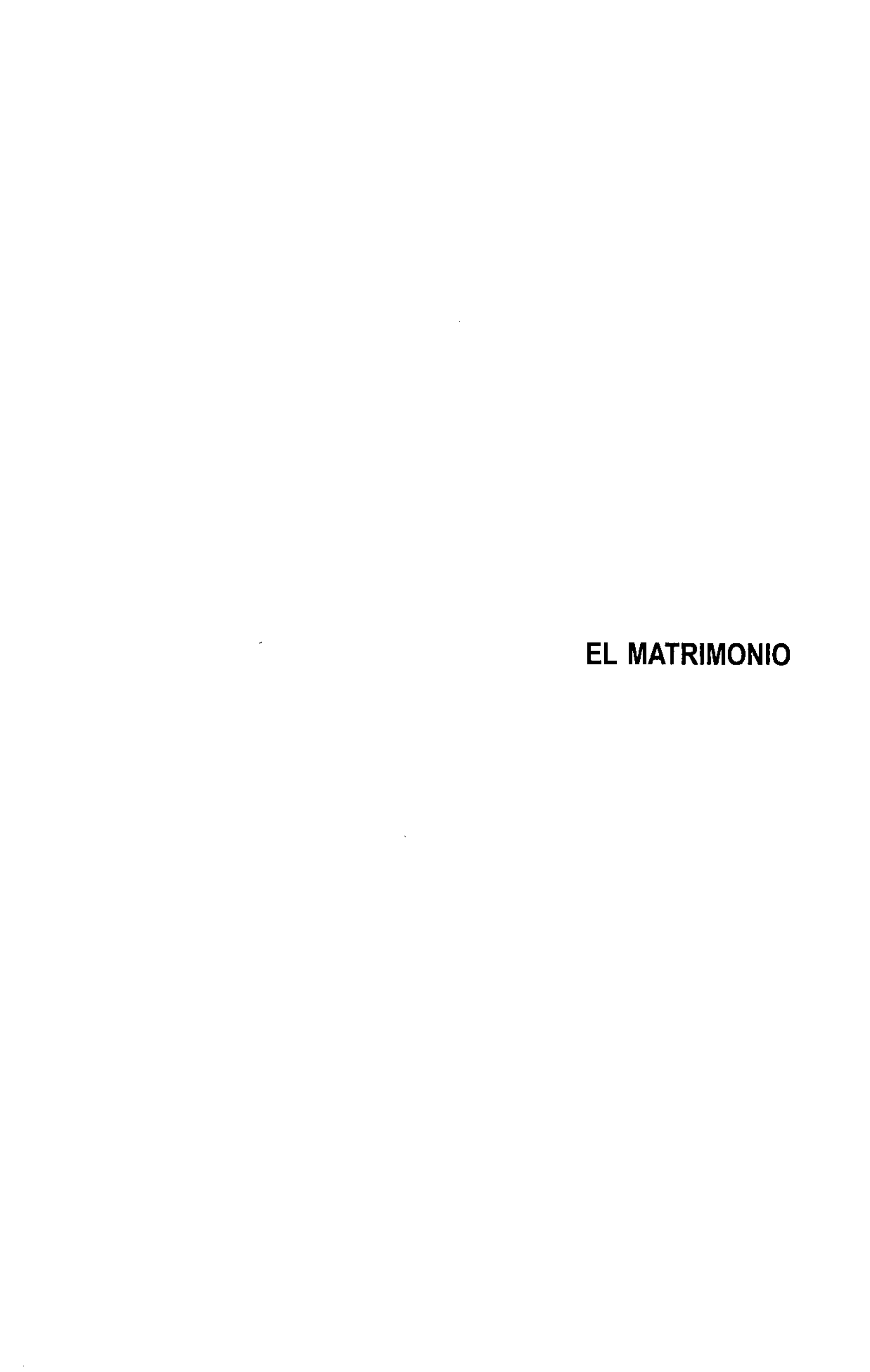
El Juez competente es el Juez de Primera Instancia de Menores de la residencia del menor o de la del obligado y a falta de éste, el Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción. Si no existen Jueces de Menores ni de Primera Instancia en lo Civil, conocerá de la causa cualquier Juez Civil de la localidad.

La acción podrá ser ejercida por el representante legal del menor, por el guardador, por cualquier ascendiente, por los consanguíneos del menor dentro del cuarto grado e, indistintamente, por el Procurador de Menores, el Fiscal del Ministerio Público o el Síndico Procurador Municipal.

Es un juicio especial, caracterizado por la brevedad de sus lapsos y por las medidas especiales que, para proteger al menor, puede tomar el Juez de la causa.

Se trata de lograr que, a falta del cumplimiento espontáneo de la obligación de alimentos para con un menor, exista un procedimiento judicial eficaz y rápido que garantice al menor su derecho alimentario y que reponga, en consecuencia, el orden perturbado por la falta de cumplimiento espontáneo del deber de alimentos.[24]

[24] *Vid.* art. 177 Parágrafo Primero, letra d) LOPNA. *Vid.* art. 384 LOPNA. *Vid.* arts. 511 y ss. LOPNA.



EL MATRIMONIO

«El amor que hay entre dos, mujer y marido, es el más estrecho, como es notorio, porque le principia la naturaleza y le acrecienta la gracia, y le enciende la costumbre, y le enlazan estrechísimamente otras muchas obligaciones».

FRAY LUIS DE LEÓN

«El hombre dejará a su padre y a su madre, y se unirá con su mujer, y serán los dos uno solo».

MT., 19, 5-6

Capítulo VI

EL MATRIMONIO. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA. IMPORTANCIA Y FINES DEL MATRIMONIO. SUS CARACTERÍSTICAS EN EL DERECHO ROMANO, EN EL CANÓNICO Y EN EL MODERNO. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO. PUNTOS DE VISTA DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA. LOS ESPONSALES: SUS EFECTOS. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA RUPTURA DE LA PROMESA MATRIMONIAL. ¿QUÉ ACCIÓN ENGENDRA Y CUÁNDO CADUCA?

I. El matrimonio

El matrimonio es la institución fundamental del Derecho de Familia, ya que es la base de la familia. Esta circunstancia hace que el matrimonio sea el eje de todo el sistema jurídico familiar. Pese a los embates de ciertas doctrinas y costumbres sociales, el matrimonio sigue siendo la forma fundamental y más perfecta de constituir familia, base de la sociedad. Por eso la importancia del matrimonio trasciende al campo social. No puede progresar el Estado que descuida su política familiar; no puede lograrse una sólida organización familiar si se descuida la forma más perfecta de constituirse que es el matrimonio. En efecto, como la familia es la célula fundamental de la sociedad y el matrimonio es el fundamento de aquélla, es indudable que, de la sólida estructuración de este último, dependerá la cohesión y robustez del organismo social.

1. *Etimología.* Es opinión corriente derivar la palabra castellana matrimonio, por conducto de la latina *matrimonium,* de las voces *matri munium,* que significa carga, gravamen de la madre. Los Decretales de Gregorio IX, comentando esta derivación, dicen: Para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; en el parto, doloroso, y después del parto, gravoso. Tal origen, por otra parte poco seguro, se presta a interpretaciones equivocadas. En efecto, el matrimonio no es, como puede interpretarse con sujeción a esta etimología, una carga para la mujer; por el contrario, aligera la que naturalmente le corresponde, en razón de sus funciones maternales.

De acuerdo a otra opinión, la más aceptada, al menos desde el punto de vista sociológico, la palabra matrimonio deriva de la frase *matrem muniens,* que significa defensa, protección de la madre. Tiene el matrimonio por función, garantizar el cumplimiento de los deberes del hombre, hacia la madre de sus hijos.

2. *Acepciones.* La palabra matrimonio puede tomarse en el sentido de vínculo o estado conyugal y también en el sentido de acto por el cual se origina y constituye esa relación, el vínculo matrimonial.

3. *Definiciones*

A. Para definir el matrimonio como vínculo se proponen fórmulas diferentes.

a) *En sentido jurídico-formal,* se pone el acento en la nota de legalidad y se define el matrimonio como el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.

b) *Las definiciones de carácter sociológico* destacan la nota de permanencia del matrimonio. «El matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer que se prolonga más allá del acto de la reproducción y hasta después del nacimiento de la prole».

c) *Las definiciones teleológicas* giran alrededor del fin del matrimonio. Las mejores atienden a la finalidad físico-espiritual e integral. Kipp y Wolff definen el matrimonio como «la unión del hombre y de la mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida».

d) Si coordinamos las definiciones anteriores, podremos lograr una mixta en la cual se destaquen la legalidad y la permanencia como notas características del matrimonio y, además, su finalidad integral. Así diríamos que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para establecer entre ellos una plena y perpetua comunidad de vida.

B. Como acto, puede definirse el matrimonio como el acto solemne mediante el cual un hombre y una mujer constituyen entre sí una unión legal que establece entre ellos una plena y perpetua comunidad de vida.

4. *Breve referencia histórica.* En la evolución histórica del matrimonio, referida al mundo occidental y desde el punto de vista jurídico, pueden distinguirse las siguientes etapas:

La unión de los esposos es un simple hecho no regulado por el derecho, pero al cual se atribuyen efectos jurídicos.

Existió en India, Grecia, Roma. Perduró hasta el afianzamiento del cristianismo y el advenimiento del Derecho Canónico.

Ha reaparecido el matrimonio considerado en esta forma en ciertas oportunidades recientes: En la Unión Soviética (1917-1944), el régimen

comunista estableció el matrimonio y el divorcio de hecho, es decir, el amor libre. Desastrosas han debido ser las consecuencias de esta brutal degradación del matrimonio, cuando el propio régimen dio marcha atrás. Primero se exigió la inscripción del matrimonio y del divorcio, más tarde las nupcias formales y el divorcio declarado judicialmente. Finalmente, el Estado interviene activamente para evitar la disolución de las uniones.

El matrimonio en el Derecho Canónico. Esta etapa abarca desde el siglo X hasta el XVI. En este período se reconoció a la Iglesia la competencia exclusiva en materia matrimonial. El Derecho Canónico reguló los requisitos para contraer matrimonio, su celebración, sus efectos y, en general, toda esta materia.

El cristianismo emprendió la tarea de dignificar el matrimonio. Ante todo, le dio carácter sacramental, lo que determinó su indisolubilidad. Ciertamente, teniendo el vínculo carácter sagrado, escapa a la voluntad de los esposos. Dignificó a la mujer, elevándola a la condición de compañera y ordenándole a los maridos guardarles fidelidad y amarlas «como Cristo amó a su Iglesia».

El matrimonio en la etapa de la formación de los grandes Estados modernos. En este período, por una parte, empieza la Iglesia a perder su poder temporal y, por la otra, el Estado comienza a alegar su derecho a intervenir en la regulación de la materia matrimonial, pues si bien no se discute que el matrimonio es un sacramento y, como tal, competencia de la Iglesia, también es un contrato y, como tal, interesa al Estado. Siglo XVI a finales, siglo XVII y comienzos del XVIII.

Por último, encontramos la etapa del matrimonio civil obligatorio. En este período la regulación del matrimonio se convierte en materia de la competencia exclusiva del Estado. Comienza con la Revolución Francesa. La Constitución de 1791 en su artículo 7, Título T, estableció: «La ley únicamente considera al matrimonio como un contrato civil».

Esta nueva concepción se extendió luego por Europa y América. Sin embargo, la situación no es uniforme en todas las legislaciones occidentales. En ellas encontramos diferentes sistemas: Unas, las más numerosas, adoptan el sistema del matrimonio civil obligatorio (Venezuela); otras permiten la celebración del matrimonio según la forma religiosa o civil (EE.UU., Haití); otras dan preeminencia al matrimonio religioso y autorizan el civil para los que no profesan la religión oficial (Costa Rica, Colombia, España, Perú) y otras sólo reconocen efectos jurídicos al matrimonio religioso (Grecia, por ejemplo).

5. *Brevísima referencia histórica al matrimonio en Venezuela*

Legislación anterior al Código de 1862. Durante la época de la Colonia y de la Independencia y hasta la promulgación del Código Civil de 1862, el

matrimonio fue regulado, en forma exclusiva, por el Derecho Canónico. Durante esta época apenas hubo unas muy tímidas manifestaciones de la intervención del Estado en la regulación de esta materia. Así, la ley del 7 de abril de 1826 dictada en el Congreso de Colombia y una Circular del Libertador, de fecha 9 de agosto de 1828, derogada por el Congreso de Venezuela, por decreto en 1881 y en la cual se prohibía a los españoles contraer matrimonio en territorio de Colombia, mientras durara la guerra con España.

Código de 1862. Según este Código Civil, el matrimonio entre católicos era regulado por el Derecho Canónico. Pero estableció para los no católicos una especie de matrimonio civil, que se perfeccionaba mediante la simple declaración de haberse unido, hecha por los interesados, en presencia de dos testigos, ante la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio.

Código de 1867. No alteró el régimen matrimonial del Código Civil de 1862.

Código Civil de 1873. Incorporó a su texto el matrimonio civil obligatorio establecido por Guzmán Blanco en su Decreto-Ley de Matrimonio Civil del 1º de enero de 1873. A partir de esta fecha se secularizó la materia matrimonial en Venezuela, de suerte que, desde entonces, sólo el matrimonio civil produce efectos jurídicos.

Los Códigos Civiles posteriores al de 1873 hasta el vigente, no han modificado la regulación de la materia matrimonial.

6. *Importancia y fines del matrimonio*. Aún en nuestros tiempos, es perfectamente válida la frase de Cicerón según la cual el matrimonio es *principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*

La importancia del matrimonio deriva de su condición de fundamento de la familia, por lo que se le considera como la institución básica del Derecho de Familia.

Como quiera que el matrimonio es la base de la familia y ésta, a su vez, base de la sociedad, la relevancia social del matrimonio es indiscutible.

Para señalar los fines del matrimonio son diversas las fórmulas propuestas.

La concepción social del matrimonio, llamada también transpersonalista, afirma que el fin del matrimonio es la reproducción o procreación, la conservación de la especie.

La concepción individualista del matrimonio, por su parte, sostiene que el fin del matrimonio es el mutuo auxilio, el complemento entre los cónyuges.

Hay también teorías compuestas que hablan no de una, sino de dos o tres finalidades del matrimonio. Entre ellas está generalizada la fórmula trilateral que, desdoblando en dos uno de los fines específicos, establece como fines del matrimonio la procreación, la educación de la prole y el mutuo auxilio entre los cónyuges. Realmente, entre el fin de la generación y el de complemento entre el marido y la mujer no existe oposición: el hombre y la mujer se unen para complementarse y se complementan para reproducirse.

El autor español Sánchez Román distingue entre el fin próximo del matrimonio, que es la constitución de una comunidad de vida plena y perfecta entre dos individuos de sexo diferente, y el fin remoto que es la conservación de la especie humana.

El Código Canónico, por su parte, señala como fines primarios la conservación de la especie y la educación de la prole y, como fines secundarios, el mutuo auxilio entre los cónyuges y el remedio a la concupiscencia.

7. *Características del matrimonio*

A. *En el Derecho Romano.* El matrimonio en el Derecho Romano sufrió una constante evolución, de suerte que el matrimonio justinianeo es muy diferente al matrimonio clásico romano. Sin embargo, mantuvo ciertos caracteres generales.

El matrimonio sólo era posible entre ciudadanos romanos, la unión de libres con esclavos o de éstos entre sí, se llamó contubernio.

El matrimonio en el Derecho Romano era un hecho al que se reconocían efectos jurídicos.

Se perfeccionaba el matrimonio mediante la concurrencia de dos elementos: *uno material o físico,* la *coniuctio,* que consistía en la unión del hombre y la mujer y que se ponía de manifiesto mediante la *deductio mulieris in domum maritii* y otro, *psíquico o espiritual,* la *affectio maritalis,* que consistía en la voluntad de tenerse y de quererse como cónyuges. Era característica de esta voluntad que debía existir entre el hombre y la mujer, que no era un acto volitivo único e inicial, sino que debía renovarse de momento en momento para darle vida al elemento material o físico.

Los dos elementos del matrimonio romano eran necesarios y suficientes. Necesarios, porque para que se perfeccionara el matrimonio debían concurrir ambos elementos. *Suficientes,* porque desde que se daban los dos elementos se perfeccionaba el matrimonio, sin que fuera necesario ceremonias especiales, intervención de funcionarios especiales ni ningún otro requisito.

El matrimonio romano era perpetuo y disoluble. Aparentemente existe contradicción entre estos dos caracteres del matrimonio romano. Sin embargo, los romanos resolvían el problema estableciendo que la perpetuidad del matrimonio era ideal en el sentido de que, cuando se perfeccionaba el matrimonio por la concurrencia de los dos elementos constitutivos, había que pensar que los esposos tenían intención de quererse y tenerse como tales a perpetuidad. No existía en Roma el matrimonio a término o bajo condición. La disolubilidad del matrimonio en el Derecho Romano era consecuencia de la incoercibilidad de la *affectio maritalis*. En efecto, la *affectio maritalis,* como acto de voluntad, era incoercible. Por ser incoercible, por no poderse lograr su cumplimiento forzoso, podía faltar y, al faltar, se disolvía el matrimonio.

En el Derecho Romano se distinguían dos tipos de matrimonio: el *cum manus,* en el cual la esposa pasaba a estar bajo la autoridad del marido o del pater familia de éste, y el *sine manus,* en el cual la mujer permanecía bajo la potestad de su pater familia.

B. *En el Derecho Canónico.* Las dos características más importantes del matrimonio canónico son la unidad y la indisolubilidad. *Unidad,* porque sólo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer. *Indisolubilidad,* porque no puede disolverse durante la vida de los cónyuges. Sólo se disuelve por la muerte. La indisolubilidad supone la imposibilidad de destruir el vínculo matrimonial por causa diferente a la muerte de los cónyuges.

La influencia del Derecho Canónico comenzó, aunque tímidamente, en el siglo IX. Se hizo más importante en el siglo XIII con la reunión del Concilio de Letrán y, sobre todo, con la celebración del Concilio de Trento entre 1452 y 1563. Este Concilio divide al Derecho Canónico en dos períodos: el antiguo o pretridentino y el moderno o postridentino. A partir del Concilio de Trento la observancia de sus normas se hizo obligatoria.

El matrimonio en el Derecho Canónico es un acto al mismo tiempo religioso y jurídico. Es un contrato consensual en el Derecho canónico antiguo y solemne a partir del Concilio de Trento. Es un contrato elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento y, por ello, indisoluble. Representa la unión de Cristo con la Iglesia y, como ésta, es indisoluble.

C. *En el Derecho Civil moderno.* Los caracteres del matrimonio en el Derecho Civil moderno son, entre otros, los siguientes:

Unidad, porque sólo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Perpetuidad, porque cuando dos personas se casan lo hacen con el propósito de que la unión sea para toda la vida y, aunque después se divorcien, siempre hay en el matrimonio un connatural sentido de permanencia. El consentimiento matrimonial ha de ser puro y simple. No puede darse sometiéndolo a un término o a condición.

Laicismo, porque sólo el matrimonio civil produce efectos jurídicos.

Solemnidad, porque para que se perfeccione el matrimonio debe cumplirse una serie de formalidades previstas en la ley.

Consentimiento, porque el acuerdo entre los contrayentes para tomarse como marido y mujer es uno de los supuestos del matrimonio.

Intervención del Estado a través del funcionario público competente, que debe declarar la formación del vínculo después de que los contrayentes han manifestado sus consentimientos.

– 8. *Naturaleza jurídica del matrimonio.* Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio existen en doctrina distintas opiniones.

A. *Teoría contractualista.* Esta teoría fue sostenida por los canonistas y por los civilistas de los siglos XVIII y XIX. Según esta posición, el matrimonio es un contrato; su naturaleza jurídica es contractual. El matrimonio es un contrato porque el contrato es el acuerdo de voluntades entre las partes para crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas y en el matrimonio el acuerdo entre las partes (contrayentes) se produce para crear un vínculo jurídico: el vínculo jurídico matrimonial. Como en todos los contratos, en el matrimonio es necesario y suficiente el consentimiento inicial.

Los partidarios de esta teoría se apresuran a añadir a su afirmación fundamental que el matrimonio es un contrato peculiar, que tiene notas características, pero siempre la idea de contrato es la dominante. Las normas que exigen autorizaciones especiales, intervención del Estado a través del funcionario público competente, formalidades especiales o las que restringen la libertad de los contrayentes o niegan eficacia al mutuo disenso o prohíben la regulación convencional de la relación, son consecuencia de la naturaleza especial de la convención, del contrato de matrimonio, pero no destruyen su, esencia contractual.

Este punto de vista fue defendido tenazmente, desde dos campos opuestos y con propósitos muy distintos, por los canonistas y por los civilistas de la Revolución Francesa. Los canonistas lo sostuvieron para dignificar la unión del hombre y la mujer y para combatir los matrimonios de conveniencia, hechos por los padres sin consultar la voluntad de los hijos; el matrimonio debía fundarse en el amor y en la libre decisión de los

interesados. Los juristas liberales de la Revolución Francesa vieron en esta idea un apoyo para lograr para el Estado la competencia en materia matrimonial, porque si el matrimonio es un contrato, corresponde al Estado su regulación y para darle fundamento al divorcio, pues siendo el matrimonio un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo.

B. *Teoría que sostiene que el matrimonio es un negocio jurídico complejo*. Sostenida entre otros y principalmente por Roberto De Ruggiero, esta posición afirma que el matrimonio es un negocio jurídico complejo, perfeccionado mediante el concurso de la voluntad de los particulares (representado por el consentimiento de los contrayentes) y del Estado (a través del funcionario público competente).

El matrimonio, de acuerdo a esta opinión, no es un acto meramente privado y eso lo demuestra la ineficacia del acuerdo de los contrayentes para crear el vínculo matrimonial. No es tampoco un acto público y esto lo comprueba la necesidad de que concurra la manifestación del acuerdo de los contrayentes con la declaración del funcionario público competente representante del Estado.

De Ruggiero sostiene que debe reaccionarse contra la posición que sostiene la esencia contractual del matrimonio. En efecto, no basta que se dé en el matrimonio un acuerdo de voluntades para afirmar, sólo por eso, que el matrimonio es un contrato. Existen por el contrario muchas razones para rechazar tal afirmación. Razones como, por ejemplo, las siguientes: 1) Las normas que no sólo limitan sino que, prácticamente, aniquilan la autonomía de la voluntad en materia matrimonial, demuestran la diferencia clara entre el matrimonio y el contrato, pues en el campo contractual campea la autonomía de la voluntad. El matrimonio está sustraído a la voluntad de las partes. 2) La ineficacia en materia matrimonial del mutuo disenso. El matrimonio no se disuelve simplemente porque los cónyuges estén de acuerdo en disolverlo. En cambio, no hay contrato que no se disuelva cuando las partes no quieren que el vínculo subsista. 3) Las relaciones personales y familiares no pueden ser objeto de contrato y son el objeto del matrimonio. 4) La ineficacia del acuerdo entre los contrayentes para crear el vínculo conyugal, si no interviene la declaración del funcionario público en representación del Estado.

Esta teoría, sustentada por De Ruggiero, se ha criticado en razón a la dificultad de lograr aclarar, de manera única y concluyente, el concepto de negocio jurídico complejo.

Existen distintas opiniones al respecto pero, cualquiera que sea la que se adopte, lo que es cierto es que la intervención del Estado, a través del

funcionario público competente, se limita a pronunciar que los contrayentes quedan unidos en matrimonio y, por tal motivo, no puede verse en tal pronunciamiento una declaración de voluntad, sino la expresión de que el acto se ha cumplido en forma legal. Reunidos los requisitos legales, el funcionario público tiene que celebrar el matrimonio, no puede optar entre hacerlo o no.

C. *Otra opinión doctrinal afirma que la naturaleza jurídica del matrimonio se puede considerar desde dos ángulos.* En el momento de su celebración es un negocio jurídico y como fuente de estado familiar o situación legal objetiva, es una institución.

D. *El matrimonio es un contrato institucionalizado,* afirman los canonistas modernos y, podría decirse, que también eminentes civilistas de nuestros días, como el autor español Manuel Albadalejo.

Los canonistas modernos sostienen que el matrimonio es un contrato, porque es el acuerdo de voluntades de los contrayentes lo que crea el vínculo matrimonial. Es un contrato institucionalizado porque, una vez perfeccionado el matrimonio, es la ley, y no la voluntad de las partes, la que va a regular la materia matrimonial.

Manuel Albadalejo, por su parte, afirma que jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, la de los contrayentes. Por tanto, el matrimonio es un negocio jurídico, pues se basa en la voluntad de las partes. Por esta razón muchos lo califican de contrato, lo que considera Albadalejo admisible, si se entiende la palabra contrato como acuerdo de voluntades: los contrayentes, al dar su consentimiento, crean entre ellos y por su voluntad el vínculo conyugal. Pero una vez creado el vínculo, la regulación del matrimonio la da la ley de manera imperativa. Es un acuerdo cuyas consecuencias están señaladas rígidamente por el ordenamiento jurídico.

El matrimonio es una institución. El matrimonio es una gran institución social que nace de la voluntad del marido y de la mujer, pero que recibe de la exclusiva e inmutable autoridad de la ley, su forma, las normas que lo rigen y los efectos que produce.

Conclusiones

Para fijar nuestra posición en relación con la naturaleza jurídica del matrimonio, consideramos conveniente aclarar lo que pensamos que es la causa de la confusión que puede presentarse al respecto.

En efecto, al comienzo de este capítulo nos referimos a las dos acepciones jurídicas que tiene el matrimonio. Puede hablarse de matrimonio como acto en virtud del cual se constituye el vínculo o estado conyugal: es el

matrimonio-acto. Puede hablarse también del matrimonio como estado: es el matrimonio-estado.

Pues bien, para llegar a una conclusión con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, es menester distinguir entre el matrimonio-acto y el matrimonio-estado.

El matrimonio-acto es, evidentemente, un acto jurídico familiar, porque, para que se perfeccione, se requiere el acuerdo de voluntades entre los contrayentes enderezado a producir efectos jurídicos, específicamente un estado familiar: el estado conyugal.

El matrimonio-estado es, en nuestra opinión, una institución jurídica, porque es la voluntad de la ley y no la de las partes, la que lo regula. El matrimonio-estado es un régimen legal, un complejo de derechos y deberes que las partes no pueden modificar y a los cuales quedan sometidos como consecuencia del matrimonio-acto.

Puntos de vista de la legislación venezolana. El Decreto-Ley de matrimonio civil promulgado el 1-1-1873 por Guzmán Blanco aludía al *contrato* de matrimonio. Lo mismo encontramos en el Código Civil de 1873 (Art. 68). Ni en los Códigos posteriores ni en los anteriores, aparece tal calificación del matrimonio. Sin embargo, el Capítulo II, Título IV del Libro Primero del Código Civil vigente se intitula: «De las formalidades que deben preceder al contrato de matrimonio». Esta circunstancia hace pensar a algunos que el legislador venezolano considera el matrimonio un contrato. Otros atribuyen el Título del Capítulo II, Título IV, Libro 1º, a una inadvertencia del legislador y no a la intención de considerar contrato al matrimonio.

II. Los esponsales

Previamente a la celebración del matrimonio, los futuros contrayentes pueden prometerse en matrimonio. La promesa recíproca de futuro matrimonio recibe el nombre de esponsales. Esta figura, que históricamente tuvo gran importancia y se celebró frecuentemente en la práctica, hoy se halla caída en desuso.

Los esponsales, pues, consisten en la promesa recíproca de futuro matrimonio, que intercambian un hombre y una mujer. También pueden definirse los esponsales como la promesa de futuro matrimonio, hecha y aceptada recíprocamente entre un hombre y una mujer.

La palabra castellana esponsales proviene del término latino *sponsalia,* y ésta deriva del verbo *spondere,* que significa prometer.

1. *Requisitos o condiciones.* Son los siguientes:

A) La promesa de futuro matrimonio ha de ser expresa.

B) Ha de ser pura y simple, no debe estar sometida a condición ni a término.

C) El consentimiento ha de existir exento de vicios.

D) No exige formalidad especial. Puede hacerse verbalmente o por escrito; y, en este caso, por documento privado o público. No obstante, los poquísimos efectos reconocidos a los esponsales en nuestra legislación, sólo se producen cuando éstos constan en documento público o en los carteles previstos por la Ley para dar publicidad a la manifestación esponsalicia.

2. *Efectos de los esponsales.* Nuestro Código le niega toda eficacia a los esponsales, tanto en orden a obligar a contraer el matrimonio prometido, como en orden a cumplir la prestación que se hubiere estipulado para el caso de inejecución de la promesa.

El artículo 41 del Código Civil dice, textualmente:

> «La promesa recíproca de futuro matrimonio no engendra la obligación legal de contraerlo, ni de cumplir la prestación que haya sido estipulada para el caso de inejecución de la promesa».

La finalidad que se persigue con esta ineficacia de los esponsales es evitar cualquier tipo de coacción sobre la voluntad de contraer matrimonio. Dada la trascendencia del matrimonio, la ley procura asegurar, por todos los medios a su alcance, la libertad del consentimiento, evitando cualquier coacción que pueda disminuirla o modificarla. El legislador evita la coacción directa, al establecer que los esponsales no crean la obligación jurídica de contraer el matrimonio prometido, y evita la coacción indirecta, al preceptuar que los esponsales no obligan a cumplir con la prestación que se hubiera estipulado para el caso de inejecución de la promesa.

3. *Consecuencia jurídica de la ruptura de la promesa matrimonial.* La ruptura de la promesa matrimonial, por sí misma, no produce ningún efecto jurídico directo. Genera uno accesorio: la ruptura de la promesa matrimonial deja sin efecto todas las donaciones que con ocasión del matrimonio hubiere hecho un novio a otro o un tercero a cualquiera de los futuros contrayentes o a ambos. La ruptura, por sí sola, no engendra ninguna otra consecuencia jurídica.

Acción que engendra la ruptura injustificada de la promesa matrimonial. Cuando uno de los prometidos rehúse, sin justa causa, el cumplimiento de la promesa matrimonial, es decir, cuando se produzca la ruptura de la

promesa matrimonial, sin justa causa, el novio incumplidor debe resarcir al otro los gastos que éste hubiere hecho por causa del prometido matrimonio. En consecuencia, la acción que engendra la ruptura injustificada de la promesa de futuro matrimonio es una acción para demandar indemnización por los gastos hechos por causa del prometido matrimonio que la ley reconoce, al novio inocente, contra el novio incumplidor.

A. *Condiciones para el ejercicio de esta acción.* El titular de esta acción es el novio inocente. Como no es una acción de naturaleza estrictamente personal, puede ser ejercida por los acreedores del titular, mediante la acción oblicua.

Para ejercerla deben reunirse los requisitos siguientes:

1) Que los esponsales hayan sido celebrados por personas capaces.
2) Que los esponsales consten de documento público o de los carteles esponsalicios previstos por el legislador para dar publicidad a la manifestación esponsalicia.
3) Que los esponsales, la promesa matrimonial, haya sido rota sin justa causa.
4) Es necesario acompañar la demanda con el documento público o los carteles donde consten los esponsales. La no presentación de estos recaudos junto con la demanda, constituye una excepción de inadmisibilidad.

B. *Alcance de la indemnización.* El artículo 42 del Código Civil establece que si la promesa de futuro matrimonio consta de los carteles ordenados en el propio Código para dar publicidad a la manifestación esponsalicia, o en documento público, la parte que, sin justo motivo, rehusare cumplirla, satisfará a la otra los gastos que haya hecho por causa del prometido matrimonio.

De lo dicho se infiere que el novio que haya rehusado, sin justa causa, cumplir la promesa matrimonial que conste en documento público o en carteles esponsalicios, sólo queda obligado a resarcir al otro los gastos que éste hubiera hecho por causa del matrimonio prometido. Gastos, por ejemplo, de ajuar, de celebración social del matrimonio, de preparación del viaje de bodas. Estos gastos han debido ser hechos por el novio inocente, no por terceros; y deben ser, además, ya inútiles, porque si no lo son, porque lo adquirido ya no resulta necesario, pero puede ser dispuesto en alguna forma por el novio inocente, el novio incumplidor

sólo deberá indemnizar por la diferencia entre el costo de adquisición y el precio que pueda lograrse por su devolución o reventa: La indemnización no puede dar lugar a un enriquecimiento a favor del novio inocente. La indemnización no abarca los gastos que pudieran generarse como consecuencia de la no celebración del matrimonio prometido (por ejemplo, los gastos de asistencia médica requerida por el prometido inocente o por un familiar de éste como consecuencia de la enfermedad o trauma producido por la no celebración de las nupcias prometidas).

C. *Caducidad de la acción.* La acción para reclamar indemnización por los gastos hechos con ocasión del prometido matrimonio, en caso de ruptura injustificada de la promesa matrimonial, que la ley acuerda al novio inocente, debe ser intentada en un lapso de dos años contados a partir de la fecha en que fue exigible el cumplimiento de la promesa. Si no se ejerce en el preindicado lapso, la acción caduca y, en consecuencia, no podrá proponerse en el futuro.

Para determinar cuál es el día en que fue exigible el cumplimiento de la promesa matrimonial y, por tanto, a partir del cual debe contarse el lapso de caducidad de la acción, debe distinguirse:

a) Si los esponsales constan en documento público, lo corriente es que en el mismo documento se establezca la fecha del matrimonio. Si no se estableciere, por analogía, se aplica la disposición contenida en el artículo 1.212 del Código Civil, de acuerdo con lo cual, cuando las partes no hubieren establecido plazo y la naturaleza de la obligación haga necesario la fijación de uno, se fijará por el Tribunal.

b) Si los esponsales constan en los carteles previstos por el legislador para dar publicidad a la manifestación esponsalicia, los dos años se contarán a partir del vencimiento del lapso de eficacia de tales carteles, que es de seis meses, contados a partir de la fecha de la manifestación esponsalicia.

Capítulo VII

REQUISITOS NECESARIOS PARA CONTRAER MATRIMONIO. SU CARÁCTER Y NATURALEZA. LA CAPACIDAD. LOS IMPEDIMENTOS. INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO. CLASIFICACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS

I. Requisitos para contraer matrimonio

El matrimonio es la institución básica del Derecho de Familia, es el eje del sistema jurídico familiar. Su importancia trasciende al campo social y moral. Pues bien, la gran relevancia que tiene el matrimonio en el aspecto moral, social y jurídico genera la necesidad de que la ley fije, de modo preciso, con toda rigidez, los requisitos que deben cumplirse para su perfeccionamiento. Estos requisitos son muy numerosos. Es necesario advertir, sin embargo, que, a pesar de ser el matrimonio una institución de orden público, indiscutiblemente, la violación de los requisitos necesarios para contraerlo, no siempre produce su nulidad, como sucedería si se aplicara una estricta lógica jurídica. En materia matrimonial ocurre que la nulidad es una sanción excepcional; consideraciones de orden moral, social y práctico han sido tomadas en cuenta para atenuar la aplicación rigurosa de los principios.

En el estudio de los requisitos necesarios para contraer matrimonio en Venezuela, vamos a seguir la clasificación del doctor Francisco López Herrera en su obra *Derecho de Familia,* por considerarla sistemática y, en consecuencia, altamente didáctica.

1. *Carácter y naturaleza.* Los requisitos para contraer matrimonio se clasifican en requisitos de forma y requisitos de fondo. Los primeros son los que se relacionan con la celebración del matrimonio. Los de fondo, todos aquellos exigidos por el legislador y que no se refieren a las formalidades que deben cumplirse previamente a la celebración del matrimonio o durante ella.

En este tema sólo estudiaremos los requisitos de fondo, los de forma serán objeto del siguiente.

2. *Los requisitos de fondo para contraer matrimonio son los siguientes*:

A) Supuestos o elementos esenciales.

a) Diversidad de sexos.

b) Consentimiento.

c) Presencia de un funcionario público competente.

B) Capacidad matrimonial.

C) Ausencia de impedimentos.

Vamos a analizar cada uno de estos requisitos a fondo:

A. *Supuestos o elementos esenciales*

Ellos son la diversidad de sexos, el consentimiento matrimonial y la presencia de un funcionario público competente. Son elementos que pertenecen a la esencia misma del matrimonio: sin ellos no puede concebirse lógicamente el perfeccionamiento de aquél. No existe siquiera apariencia del matrimonio. Para que se conciba un matrimonio es necesario que un hombre y una mujer (diversidad de sexos) estén de acuerdo en tomarse recíprocamente como marido y mujer (consentimiento matrimonial), y que tal acuerdo lo manifiesten en presencia del funcionario público autorizado por la ley para celebrar el matrimonio (presencia de un funcionario público competente).

a) *Diversidad de sexos.* Sólo pueden contraer matrimonio un hombre y una mujer, dos personas de sexo diferente: es una condición natural ineludible. El matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo queda viciado de nulidad absoluta. Igual ocurre con el matrimonio del asexual (persona sin sexo) porque éste, al no tener sexo, no tiene persona de sexo opuesto.

Es difícil que dos personas del mismo sexo, conscientes de su identidad de sexo, pretendan contraer matrimonio. Más difícil aún es que el funcionario pronuncie tal matrimonio. La dificultad fundamental en este punto la constituyen los casos de hermafroditismo o, más propiamente, de pseudohermafroditismo.

Breve referencia al hermafroditismo. Los términos hermafroditismo y pseudohermafroditismo derivan de la mitología griega: Hermafrodita se llamaba el hijo bisexuado de Hermes y Afrodita.

Cuando nos referimos a este fenómeno es menester comenzar por distinguir entre el hermafroditismo y el pseudohermafroditismo.

Hermafroditismo. Teóricamente hablando, el hermafroditismo es la coexistencia, en un mismo individuo, de todos los atributos, anatómicos y funcionales, de los dos sexos, lo que produce como consecuencia la posibilidad de fecundar y ser fecundado. Este fenómeno sólo existe en animales inferiores (tenias, por ejemplo), pero es extraño a los animales superiores y al hombre.

El hermafroditismo *puede ser funcional o morfológico.* Se da el primero cuando existe en el individuo la posibilidad de fecundar y ser fecundado. De éste no puede hablarse en el hombre. El hermafroditismo morfológico consiste en la presencia en el mismo individuo de glándulas sexuales de los dos sexos: ovarios y testículos, diferenciados o fusionados en un órgano único (ovotestis). Esta especie de hermafroditismo es muy rara en el hombre.

Pseudohermafroditismo. Es la anomalía sexual en virtud de la cual una persona tiene glándulas sexuales de un sexo y los órganos sexuales, en parte o totalmente, con apariencia y caracteres del sexo opuesto. El pseudohermafroditismo puede ser completo o incompleto. Es completo cuando todas las formaciones genitales del individuo tienen caracteres del sexo opuesto al indicado por sus glándulas sexuales.

Existe pseudohermafroditismo incompleto cuando la malformación afecta sólo a los órganos genitales internos o externos. A su vez el pseudohermafroditismo incompleto puede ser interno o externo según que la anomalía afecte sólo los órganos internos o sólo los externos.

Los casos más frecuentes son los de pseudohermafroditismo externo masculino y el pseudohermafroditismo externo femenino. Existe pseudohermafroditismo externo masculino cuando, a pesar de la presencia de testículos en el sujeto, éste tiene órganos genitales externos malformados que se parecen más a los femeninos. A veces el pseudohermafrodita externo masculino tiene caracteres sexuales secundarios femeninos. Existe pseudohermafroditismo externo femenino cuando el individuo tiene ovarios, pero sus órganos genitales externos presentan malformaciones que les hacen parecerse a los masculinos. A veces, el pseudohermafrodita externo femenino tiene caracteres sexuales secundarios masculinos.

Esto explica el porqué, a veces, los pseudohermafroditas son inscritos en el Registro Civil como del sexo que aparentemente presentan.

La ciencia moderna ha demostrado que nunca se produce en una persona el desarrollo normal de los dos sexos; siempre existe uno dominante.

En relación con los pseudohermafroditas, tradicionalmente, y desde el Derecho Romano, se han venido considerando pertenecientes al sexo que predomine en ellos. Si hay duda, la determinación debe hacerse mediante experticia médico- legal.

Y, si después de celebrado el matrimonio, uno de los cónyuges no tiene el sexo que aparentemente tenía y, en consecuencia, ambos son del mismo sexo, el matrimonio estará viciado de nulidad.

b) *Consentimiento matrimonial.* Es el acuerdo entre los contrayentes de tomarse recíprocamente por marido y mujer. Es un consentimiento inicial y en esto se asemeja al consentimiento en el matrimonio canónico y difiere de la *affectio maritalis* del matrimonio romano.

a') *Condiciones.* Para que exista consentimiento matrimonial es necesario que sea expreso, puro y simple y serio.

El consentimiento matrimonial ha de ser expreso. Los contrayentes deben manifestar en presencia del funcionario público competente, que se toman por marido y mujer, respectivamente. Cuando alguno de los contrayentes es mudo o sordomudo, la manifestación de voluntad la hará por escrito, si sabe y puede escribir. En caso de no saber o no poder escribir, el contrayente mudo o sordomudo será asistido en el acto de su curador y, si no lo tuviere, de uno especial nombrado por el Juez de Primera Instancia (art. 90, Código Civil).

El consentimiento matrimonial ha de ser puro y simple, no puede estar sometido a condición ni a término. Es realmente difícil que alguno de los contrayentes dé su consentimiento matrimonial sometiéndolo a alguna modalidad; el funcionario público autorizado para celebrar el matrimonio no lo admitiría, Pero, aunque improbable, no es imposible tal situación. La doctrina está dividida en relación a las consecuencias determinadas por la adición de condición o término, al consentimiento matrimonial. Algunos autores opinan que debe considerarse nula la modalidad y válido el consentimiento y, por tanto, el matrimonio (Belluscio, Spota, etc.). Otros, certeramente, se inclinan por considerar que tales modalidades añadidas al consentimiento matrimonial lo afectan de nulidad (Borda, Busso, etc.).

Además, el consentimiento matrimonial ha de ser serio en el sentido de que debe darse en forma tal que la persona sepa que, al manifestar su consentimiento, queda unida en matrimonio a la otra persona. Los consentimientos matrimoniales expresados con fines didácticos, en representaciones teatrales o por broma, no valen como tales. En realidad, los consentimientos matrimoniales con estos fines distintos al de unirse en matrimonio a la otra persona no parecen compatibles con la celebración formal del matrimonio. La intervención del funcionario público competente y las solemnidades exigidas por la ley garantizan la seriedad del consentimiento matrimonial.

En resumen, existe consentimiento matrimonial cuando el acuerdo entre los contrayentes de tomarse mutuamente como marido y mujer se ha manifestado en forma expresa, pura y simple y seria. No existe, por el

contrario, consentimiento matrimonial cuando uno o ambos contrayentes se niegan a aceptarse como cónyuges, cuando no manifiestan el consentimiento expresamente, cuando lo someten a condición o a término o cuando es evidente que no se prestó en forma seria.

La falta de consentimiento matrimonial vicia al matrimonio de nulidad absoluta.

b′) *Vicios del consentimiento matrimonial.* Puede ocurrir que, reputándose existente el consentimiento matrimonial, porque la manifestación de voluntad reúna las condiciones de ser expresa, pura y simple y seria, esté, sin embargo, el consentimiento viciado. Los vicios del consentimiento matrimonial son el error y la violencia.

a*) *El error como vicio del consentimiento matrimonial.* En relación al error como vicio del consentimiento matrimonial, se plantea al legislador un dilema: aceptarlo por necesidad lógica como vicio del consentimiento matrimonial o rechazarlo para proteger la estabilidad matrimonial. Ante este dilema el legislador venezolano optó por admitir el error como vicio del consentimiento matrimonial, pero limitándolo al error en la identidad de la persona de uno de los contrayentes (artículo 49, C.C.).

Cuando se trata de aclarar qué debe entenderse por error en la identidad de la persona de uno de los contrayentes, se suscita el problema de la necesidad de aclarar si el error de que habla el Código Civil se ciñe estrictamente al error sobre la identidad física de la persona o alcanza también el error en sus cualidades. Éste es un tema muy debatido en la doctrina. Una primera posición entiende que el texto de la ley se refiere exclusivamente al error en la identidad física del otro contrayente, de forma que creyendo casarse con una persona se realice el matrimonio con otra. Esto es prácticamente imposible, al menos sumamente difícil, insólito; apenas si se menciona un supuesto ocurrido en Inglaterra. Por ello surge otra opinión doctrinal que estima que dentro de la expresión legal puede admitirse el error sobre las cualidades de la persona del otro contrayente, que redunde en la estimación que de ella se tiene al contraer matrimonio. En este sentido se orienta la jurisprudencia francesa y la doctrina italiana, que admiten sin duda el error sobre el estado civil, la ignorancia de una condena infamante o de un pasado deshonroso. Existe una tercera postura que con criterio excesivamente amplio, admite el error sobre cualquiera de las cualidades de la persona, como vicio del consentimiento matrimonial. Es la opinión de Venzi, inadmisible porque atentaría contra la estabilidad del matrimonio. La solución se dificulta, pues si por una parte puede aducirse la necesidad de proteger la estabilidad del matrimonio, por la otra debe recordarse la trascendencia de éste y la importancia que tiene la libertad y la ausencia de vicios en el consentimiento matrimonial.

La fórmula empleada por nuestro Código Civil parece indudablemente referirse al error en la identidad física de la persona de uno de los contrayentes o en aquellas cualidades que prácticamente se resuelven en error en la persona. A este último respecto, hay que distinguir entre el error en cualidades de la persona que son totalmente irrelevantes (por ejemplo, el carácter o temperamento de una persona, su mayor o menor inteligencia o belleza física, su situación económica) y el error en las cualidades esenciales de la persona. El problema queda resuelto en muchos casos sin necesidad de que entre en juego el error. Por ejemplo, si una persona contrae matrimonio con un sacerdote católico o con una persona casada, desconociendo tales circunstancias, el matrimonio quedaría viciado de nulidad, y puede proponerse la acción correspondiente, sin necesidad de alegar el error, por haberse celebrado con transgresión de los impedimentos dirimentes de orden y de vínculo anterior, respectivamente.

Otros errores en las cualidades esenciales de la persona con la que se contrae matrimonio, rara vez se darán en la práctica, excepto en el caso de matrimonio por poder, cuando no haya habido oportunidad de conocer al otro cónyuge. En estos casos se considera relevante el error en las cualidades de la persona que redunda en error sobre la identidad misma de dicha persona, si las partes no se conocían y el matrimonio se aceptó con base en las condiciones sobre las cuales recayó el error. En tal caso debe procederse según los hechos alegados por el cónyuge que yerra, apreciados por el Juez de Instancia como cuestión de hecho, todo ello dentro de un criterio restrictivo que debe presidir la nulidad del matrimonio, a cuya convalidación debe tenderse, sobre todo cuando se trata del error como vicio del consentimiento, para evitar una serie de abusos que es fácil prever al respecto.

b*) *La violencia como vicio del consentimiento matrimonial*

En general, se define la violencia como la compulsión ejercida por una persona sobre otra, para forzarla a que manifieste una declaración de voluntad. La violencia, como vicio del consentimiento matrimonial, es la compulsión o coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra para obligarla a manifestar su consentimiento matrimonial. La violencia, como vicio del consentimiento, incluye tanto la coacción física como la moral, representada por la amenaza de un daño sobre la persona o los bienes del amenazado, o sobre la persona o bienes de algunos parientes.

El consentimiento matrimonial arrancado con violencia es un consentimiento viciado.

El legislador venezolano no establece normas especiales para regular la violencia como vicio del consentimiento matrimonial, de allí que, de conformidad con la disposición contenida en el aparte único del artículo 4º del Código Civil, deben tenerse en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas. En tal virtud deben aplicarse las normas del Código Civil que regulan la violencia contractual (artículos 1.150 a 1.153, C.C.). De dicha aplicación obtenemos las conclusiones siguientes:

1) La violencia vicia el consentimiento matrimonial cuando emana del otro contrayente o de un tercero. Esto significa que el sujeto activo de la violencia, el que la ejerce, puede ser el otro contrayente, pero también puede ser un tercero (artículo 1.150, C.C.).

2) No sólo la coacción física es violencia; también lo es la amenaza de un mal notable (coacción moral). La amenaza ha de ser injusta; y, para que el consentimiento se repute arrancado por violencia, es menester que ésta sea tal que impresione a una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable, debiéndose atender en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas (art. 1.151, C.C.).

3) La violencia como vicio del consentimiento matrimonial puede resultar de la coacción o amenaza ejercida sobre la persona o los bienes del contrayente cuyo consentimiento se arranca, y también de la dirigida sobre la persona o los bienes de los ascendientes o descendientes del contrayente o de otras personas, según las circunstancias y de acuerdo al criterio del Juez (art. 1.152, C.C.).

4) El solo temor reverencial sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el matrimonio.

Violencia presunta en el consentimiento matrimonial. Es el caso de la persona que, estando raptada, durante el rapto de que es sujeto pasivo dé su consentimiento matrimonial. El legislador venezolano presume, con presunción *iuris et de iure*, que tal consentimiento ha sido violentado; y, para que deje de considerarse viciado, es menester que sea prestado o ratificado después de vuelta la persona a su plena libertad.

Cuando el consentimiento matrimonial ha sido dado por error en la identidad de la persona del contrayente o cuando ha sido arrancado con violencia, el matrimonio queda viciado de nulidad relativa.

c. *Presencia de un funcionario público competente.* La intervención del Estado es característica del matrimonio en el Derecho Civil moderno. Dicha intervención se cumple a través de la presencia del funcionario público competente, quien, después de que los contrayentes han manifestado acuerdo para ser marido y mujer, declara la formación del vínculo.

Los funcionarios públicos competentes para celebrar el matrimonio son: Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, Presidente de la Junta Comunal, Juez de Parroquia o Municipio, Jefe Civil del Distrito o Presidente del Concejo Municipal.

Los Gobernadores de los Estados y de los Territorios Federales deberán facultar a personas idóneas para autorizar todas las diligencias relativas al matrimonio y su celebración, si los contrayentes residen en campos, caseríos, vecindarios y otros lugares alejados de los centros urbanos (art. 82, C.C.).

En caso de matrimonio en artículo de muerte pueden celebrar el matrimonio, además, los jefes de cuerpos militares en campaña, cuando se trate de matrimonio de individuos bajo su mando, y los Comandantes de buques de guerra y Capitanes de buques mercantes, si se trata de matrimonios celebrados a bordo de sus embarcaciones (art. 101, C.C.).

Existen además funcionarios autorizados por leyes especiales para celebrar el matrimonio. Ellos son los Comisarios Generales de las Dependencias Federales (Ley Orgánica de las Dependencias Federales), los Prefectos de Departamentos de los Territorios Federales (Ley Orgánica de Territorios Federales).

Cuando el matrimonio se celebra sin la presencia de funcionario público alguno, queda viciado de nulidad absoluta. Hay, sin embargo, una excepción, la prevista en el artículo 98 del Código Civil. En efecto,

> «En caso de matrimonio en artículo de muerte, si no fuere fácil o inmediata la concurrencia de un funcionario público competente, el acto puede celebrarse ante tres personas mayores de edad, que no estén ligadas con ninguno de los contrayentes por parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que una de ellas, por lo menos, sepa leer y escribir».

Si el matrimonio es celebrado por un funcionario público incompetente, por razón de la materia, el matrimonio queda viciado de nulidad absoluta; si lo celebra un funcionario competente por razón de la materia, pero incompetente por razón del territorio, queda viciado de nulidad relativa.

B. *Capacidad*

El matrimonio requiere capacidad o aptitud nupcial de los contrayentes.

La capacidad matrimonial es la aptitud legal para ser sujeto de la relación jurídica matrimonial. Es la posibilidad legal de contraer matrimonio.

La capacidad matrimonial está determinada por el discernimiento, la pubertad, la cordura y la potencia sexual. Para que una persona sea capaz

para contraer matrimonio, necesita discernimiento, para poder entender lo que es el matrimonio; pubertad, para tener aptitud para la reproducción; cordura, para poder querer el matrimonio en concreto, y potencia sexual.

La legislación venezolana envuelve el discernimiento y la pubertad como elementos de la capacidad matrimonial en un solo concepto, el de la edad mínima para contraer matrimonio. De allí que se puede afirmar que son capaces para contraer matrimonio las personas que han cumplido la edad mínima exigida por la ley, que están en su sano juicio y que no adolecen de impotencia sexual manifiesta y permanente.

La pubertad y el discernimiento no se presentan en todas las personas a una misma edad, pero la pragmática legal exige, necesariamente, la fijación de un valor general, de una edad a partir de la cual la ley presume, con presunción *iuris et de iure,* que la persona tiene discernimiento y es púber y, en consecuencia, es capaz para contraer matrimonio.

a. *Edad mínima para contraer matrimonio.* El artículo 46 del Código Civil dispone: No puede contraer válidamente matrimonio el hombre antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce años también cumplidos.

Sin embargo, el artículo 62 C.C. establece dos casos en los cuales no se requiere, para contraer matrimonio, la edad fijada como mínima para tal acto en el artículo 46 C.C.

En efecto, si la mujer menor de catorce años ha dado a luz o se encuentra en estado de gravidez, puede contraer matrimonio (Ord. 1º art. 62, C.C.). Si el varón menor de dieciséis años, quiere contraer matrimonio con la mujer que ha concebido un hijo que él reconoce como suyo o que ha sido declarado judicialmente como tal, puede hacerlo (Ord. 2.°, art. 62, C.C.).

El matrimonio celebrado por varón que no ha cumplido dieciséis años o por mujer que no ha cumplido catorce, queda viciado de nulidad relativa, salvo, por supuesto, los casos previstos en el artículo 62 C.C., a los cuales nos hemos referido.

El Código Civil del 42 exigía como edad mínima para contraer matrimonio, a la mujer doce años cumplidos, y al varón, catorce.

El proyecto de Ley de Reforma parcial del Código Civil, tal como fue presentado a la Cámara de Diputados, elevaba la edad mínima para contraer matrimonio a dieciséis años, tanto para el hombre como para la mujer. En la Exposición de Motivos se aducía como fundamento de tal modificación, las más recientes reformas legislativas en esta materia y el criterio establecido por las Naciones Unidas. Con la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio se pretende tomar más en cuenta, para permitir casarse a una persona, la madurez mental que la aptitud sexual.

La disposición del P.L.R.C.C. que contemplaba la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio recibió duras críticas por considerársele inadecuada a la realidad venezolana. Finalmente, como hemos indicado, conforme al Código Civil vigente, no puede contraer matrimonio válidamente la mujer que no haya cumplido catorce años de edad, ni el varón que no haya cumplido dieciséis, salvo en los casos de excepción consagrados en su art. 62.

b. *La cordura como elemento de la capacidad.* El artículo 48 del Código Civil establece:

> «Tampoco puede contraer válidamente matrimonio el entredicho por causa de demencia ni el que no se halle en su juicio.
>
> Si la interdicción ha sido únicamente promovida, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que la autoridad judicial haya decidido definitivamente».

La declaración de voluntad de quien contrae matrimonio debe emitirse en forma deliberada y consciente; la falta de razón en el momento de la celebración determina la carencia de aptitud necesaria para que haya verdadero acto.

El entredicho por causa de demencia y el que no se halle en su sano juicio son incapaces para contraer matrimonio, porque carecen del entendimiento necesario para apreciar lo que es el matrimonio y de la voluntad requerida para querer determinado matrimonio. Se considera que no se halla en su sano juicio, además del loco no entredicho, el que esté en estado absoluto de embriaguez o bajo el efecto de estupefaciente, el hipnotizado y, en general, el que por cualquier causa esté privado de su sano juicio para el momento de la celebración del matrimonio.

El matrimonio del entredicho por causa de demencia o de la persona que no se encuentra en su sano juicio para el momento de la celebración, queda viciado de nulidad relativa. Si se trata del matrimonio de entredicho por causa de demencia, la comprobación de la incapacidad matrimonial es sencilla, pues basta con producir el decreto de interdicción. Si se trata de matrimonio contraído por persona que no se hallaba en su sano juicio para el momento de la celebración, la prueba de la causa de incapacidad para ese momento no resultará tan sencilla; a ese efecto podrán utilizarse los medios de prueba admitidos por la ley para las acciones de estado y la apreciación de los hechos quedará a criterio del Juez de Instancia.

C. *La potencia sexual como elemento de la capacidad matrimonial*

El artículo 47 del Código Civil dispone:

> «No puede contraer válidamente matrimonio el que adolece de impotencia manifiesta y permanente».

Existen varias clases de impotencia: impotencia *coeundi* o imposibilidad para realizar el coito, falta de capacidad copulativa e impotencia *generandi* o imposibilidad para engendrar o concebir. La impotencia *coeundi* puede ser instrumental, cuando la imposibilidad de realizar el acto sexual es consecuencia de la carencia de órganos genitales, o funcional, cuando, teniendo la persona órganos sexuales, tal imposibilidad se produce por causa anatómica, fisiológica, psíquica, etc. La impotencia *coeundi* funcional puede a su vez ser absoluta o relativa, según que la imposibilidad de realizar el coito se dé en relación a toda persona del sexo opuesto o sólo en relación con otra persona determinada.

La impotencia *generandi* es la imposibilidad de engendrar en el varón o de concebir en la mujer.

Para que la impotencia sea causa de incapacidad matrimonial, de acuerdo a nuestra legislación, es menester que reúna las siguientes condiciones: manifiesta, permanente y anterior al matrimonio.

En relación a la primera de estas condiciones, existen opiniones diferentes. Algunos autores afirman que la impotencia es manifiesta cuando es aparente, notable, cuando puede establecerse mediante un examen físico sencillo, externo. De acuerdo a esta opinión, sólo la impotencia *coeundi instrumental* puede ser manifiesta y, en consecuencia, sólo esa especie de impotencia puede admitirse como causa de incapacidad matrimonial.

Según otro criterio, la impotencia es manifiesta cuando se puede establecer sin lugar a dudas por lo evidente del fenómeno, susceptible de comprobación objetiva, aun cuando tal comprobación requiera el auxilio de la ciencia médica.

Pensamos que tomando en consideración que uno de los fines fundamentales del matrimonio es la procreación, y que el legislador no hace distinción al respecto, debe interpretarse que tanto la impotencia *coeundi* como la *generandi* pueden admitirse como causa de ineptitud matrimonial, cuando ellas puedan establecerse objetivamente, sin lugar a dudas, por la evidencia del fenómeno.

La impotencia, para determinar incapacidad matrimonial, ha de ser permanente, es decir, debe ser de tal entidad que no admita posibilidades de reparación, de cesación. La perpetuidad es cosa análoga a la

incurabilidad. No hay impotencia determinante de incapacidad matrimonial cuando puede ser corregida.

Y, por último, la impotencia causal de ineptitud matrimonial debe ser anterior al matrimonio. En efecto, el artículo 119 del Código Civil, establece:

> «La nulidad por impotencia manifiesta y permanente *anterior al matrimonio* sólo puede demandarse por el otro cónyuge». (El destacado es nuestro.)

La impotencia sobrevenida, la que se presenta con posterioridad a la celebración del matrimonio, no afecta de nulidad a éste. Ella debe considerarse, como cualquier otra enfermedad, como un riesgo que puede presentarse y debe soportarse durante la vida conyugal.

D. *Ausencia de impedimentos*

Es éste otro requisito de fondo para contraer matrimonio. Además de los supuestos o elementos esenciales y de la capacidad matrimonial en los contrayentes, no debe haber impedimento matrimonial que entrabe u obstaculice su celebración.

Los impedimentos matrimoniales son trabas u obstáculos establecidos por la ley para la celebración del matrimonio. «Son obstáculos legales para el ejercicio de la capacidad matrimonial», dice Francisco López Herrera. Y, en efecto, los impedimentos matrimoniales, cuando existen, obstaculizan o entraban el matrimonio a una persona apta legalmente para casarse, porque ha cumplido la edad mínima exigida por la ley, está en su sano juicio y no sufre de impotencia manifiesta y permanente.

La ausencia de impedimentos matrimoniales significa que se posee tanto la capacidad nupcial en abstracto, como en el caso concreto del matrimonio que se quiere contraer.

Influencia del Derecho Canónico. El término impedimento proviene del Derecho Canónico (*impedimentum matrimonii*), si bien las prohibiciones legales existían ya en la Biblia y también en el Derecho Romano. En el Derecho Canónico se llama impedimento a todos los requisitos de fondo para celebrar el matrimonio, con una sola excepción: el consentimiento matrimonial. Existen en el Derecho Canónico muchas clasificaciones de los impedimentos: dirimentes e impedientes, públicos y secretos, de mayor grado y de menor grado, perpetuos o temporales, ciertos o dudosos, absolutos o relativos, dispensables y no dispensables.

Clasificación de los impedimentos. De todas las numerosas clasificaciones de los impedimentos en el Derecho Canónico, sólo tres de ellas tienen importancia en nuestro Derecho.

a) *Impedimentos dirimentes e impedimentos impedientes.* Los impedimentos dirimentes son obstáculos establecidos en la ley para la celebración del matrimonio cuya violación genera la nulidad absoluta de aquél.

Los impedimentos impedientes son obstáculos legales, prohibiciones legales para la celebración del matrimonio, cuya transgresión *no determina* la nulidad, ni absoluta ni relativa del matrimonio celebrado.

La diferencia entre estas dos especies del género impedimento matrimonial está en el efecto que produce su violación. La violación de un impedimento dirimente determina la nulidad absoluta del matrimonio celebrado en esa forma. En cambio, la violación de un impedimento impediente en la celebración de un matrimonio, no produce su nulidad, ni absoluta ni relativa. Por el contrario, el matrimonio celebrado con transgresión de un impedimento impediente es perfectamente válido. En algunos casos, el legislador venezolano prevé sanciones, generalmente económicas, y en otros casos, ninguna sanción. Es conveniente recalcar que, en ningún caso, el matrimonio celebrado con transgresión de un impedimento impediente queda viciado de nulidad.

b) *Impedimentos absolutos e impedimentos relativos.* Son absolutos los impedimentos que obstaculizan el matrimonio de la persona afectada con cualquier otra persona. Por ejemplo, el impedimento de vínculo anterior; una mujer casada no puede contraer matrimonio con ningún hombre, un hombre casado no puede hacerlo con ninguna mujer.

Son relativos los impedimentos que obstaculizan el matrimonio de la persona afectada con otra persona determinada. Ejemplo, el impedimento matrimonial entre hermanos.

c) *Impedimentos dispensables y no dispensables.* Cuando la ley prevé la posibilidad de levantar la prohibición legal para la celebración del matrimonio, constituida por el impedimento, éste es dispensable. Cuando no está prevista tal posibilidad, el impedimento es no indispensable.

De acuerdo a nuestra legislación vigente, sólo puede referirse esta clasificación a los impedimentos impedientes: Hay impedimentos impedientes dispensables, como, por ejemplo, el que existe para el matrimonio entre tío y sobrino o descendiente de éste que puede ser dispensado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil. Existen también impedimentos impedientes no dispensables tales como el de *turbatio sanguinis.*

No es posible, en cambio, aplicar esta clasificación a los impedimentos dirimentes. En nuestra legislación no hay impedimentos dirimentes dispensables. Y todos los impedimentos dirimentes, cuando son violados, determinan la nulidad absoluta del matrimonio.

II. Los impedimentos matrimoniales en la legislación venezolana

1. *Impedimentos dirimentes*

Existen algunos absolutos y otros relativos.

A. *Los impedimentos dirimentes absolutos son*:

a) *Impedimento de vínculo anterior.* Cuando estudiamos los caracteres del matrimonio civil moderno quedó establecido que uno de ellos es la unidad. Luego sólo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer. No puede un hombre estar casado simultáneamente con más de una mujer, ni una mujer con más de un hombre.

El artículo 50 del Código Civil dispone:

> «No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior».

Este impedimento es consecuencia precisa de la disposición contenida en el artículo 44, de conformidad con la cual el matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer.

Es un impedimento dirimente absoluto, porque prohíbe el matrimonio de la persona afectada por él (hombre o mujer casada) con cualquier otra persona. La nulidad del matrimonio celebrado con transgresión de este impedimento está prevista en el artículo 122 C.C.

Además, la persona que estando válidamente casada, contraiga otro matrimonio o que no estándolo, hubiera contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada, comete delito de bigamia, tipificado en el artículo 402 del Código Penal.

b) *Impedimento de orden.* De acuerdo a la segunda parte del artículo 50 del Código Civil, no se permite ni es válido el matrimonio contraído por un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión.

Este impedimento matrimonial se establece, por primera vez, en el Código Civil de 1880. Su fuente probable fue el Código Civil español de 1832. En los Códigos Civiles de 1896 y 1904 el texto continúa igual. A partir de la reforma de 1916, se inicia una polémica entre los partidarios de suprimir el referido impedimento y los que creían conveniente mantenerlo. Luego de encendido debate en las Cámaras, resultó aprobada la proposición de que se mantuviera la disposición y por eso en el Código Civil de 1916, quedó redactada en su forma original. En el Código Civil de

1922 la redacción permanece idéntica. En la Comisión Codificadora Nacional que preparó la reforma de 1942, se reabre la polémica acerca de la eliminación o mantenimiento del impedimento en cuestión. Sin embargo, no obstante la discusión que ha suscitado a través de su historia, el artículo 50 del Código Civil del 42 y de la Reforma del 82, es idéntico en su texto al que ostentaba el artículo 73 del de 1922.

El impedimento de orden afecta fundamentalmente a los sacerdotes de la religión católica romana, aunque, eventualmente, puede afectar a cualquier ministro cuya religión le prohíba casarse. Y sólo se refiere a los varones, en virtud de que las mujeres no pueden ser ordenadas *in sacris*.

Es un impedimento dirimente; cuando se viola, el matrimonio queda viciado de nulidad absoluta. Tal nulidad está prevista en el artículo 122 del Código Civil.

Es dirimente absoluto, pues prohíbe el matrimonio del afectado (ministro de culto a quien su religión prohíba el matrimonio) con cualquier mujer.

c) *Impedimento de rapto*. El artículo 56 del C.C. dispone:

> «No podrá contraer matrimonio el encausado por rapto, violación o seducción, mientras dure el juicio criminal que se le forme y mientras no cumpla la pena a que haya sido condenado, a no ser que lo celebre con la mujer agraviada».

Este impedimento sólo afecta al hombre sujeto activo del delito de rapto, violación o seducción. Y lo afecta sólo temporalmente, mientras dure el juicio criminal que se forme y mientras no cumpla la pena a que haya sido condenado.

De acuerdo a la redacción del expresado artículo, el impedimento se instaura cuando se inicia el juicio penal por cualquiera de los delitos referidos.

El encausado por el delito de rapto, de violación o de seducción, durante el juicio que se le siga y mientras cumpla la pena a que se le condene, no puede contraer matrimonio con ninguna mujer que no sea la agraviada por el delito, es decir, la mujer raptada, violada o seducida.

El impedimento de rapto es un impedimento dirimente, su transgresión determina la nulidad absoluta del matrimonio. Dicha nulidad está prevista en el artículo 117 de nuestro Código Civil.

Es dirimente absoluto, porque el afectado por el impedimento en cuestión no puede casarse con ninguna mujer que no sea la agraviada por el delito.

Resulta un tanto difícil explicar esta condición del impedimento que la doctrina, en forma abreviada, denomina impedimento de rapto. En efecto,

absoluto, por definición, es lo que no tiene excepción y el impedimento que estudiamos ahora sí la tiene, ya que no prohíbe el matrimonio del hombre afectado por él con toda mujer, como quiera que puede celebrarlo con la mujer agraviada. No obstante esta circunstancia, la doctrina nacional y extranjera, mayoritariamente, continúa ubicándolo dentro de esta especie en atención a que, con la excepción señalada, el afectado no puede contraer matrimonio, mientras subsista la prohibición, con ninguna mujer.

B. *Impedimentos dirimentes relativos*

a) *Impedimento dirimente de consanguinidad.* Existe impedimento dirimente al matrimonio entre ascendientes y descendientes y también al matrimonio entre hermanos. El parentesco por consanguinidad es impedimento dirimente en línea recta, hasta el infinito y, en línea colateral, hasta el segundo grado.

Este impedimento tiene un fundamento moral evidente. La unión entre ascendientes y descendientes o entre hermanos repugna a la propia naturaleza. En virtud de tal fundamento, reconocidos autores venezolanos (Sanojo, López Herrera) sostienen, acertadamente, que existe impedimento dirimente al matrimonio entre ascendientes y descendientes y al matrimonio entre hermanos, aun cuando la filiación no haya sido comprobada legalmente y, a tal efecto, en el juicio de nulidad de dicho matrimonio que se requiere, el parentesco de consanguinidad que lo origina, puede ser comprobado por cualquier medio de prueba.

Es un impedimento dirimente, su transgresión acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del matrimonio. Tal nulidad está prevista en el artículo 117 del Código Civil.

Es relativo, pues prohíbe el matrimonio entre personas determinadas.

b) *Impedimento dirimente de afinidad.* La afinidad en línea recta es impedimento dirimente al matrimonio. De acuerdo a lo dispuesto en la parte final del artículo 51 del Código Civil, no se permite ni es válido el matrimonio entre afines en línea recta.

Como impedimento dirimente que es, su violación determina la nulidad absoluta del matrimonio, nulidad que está prevista en el artículo 117 del Código Civil.

Es también dirimente relativo, pues es obstáculo al matrimonio entre personas determinadas: las que están vinculadas por afinidad en línea recta.

c) *Impedimento de adopción.* El artículo 54 del Código Civil dispone:

> «No es permitido ni válido el matrimonio del adoptante con el adoptado y sus descendientes, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, ni entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, mientras dure la adopción».

Debe aclararse que este impedimento dirimente de adopción se refiere al caso de adopción simple. En efecto, a partir de la promulgación de la Ley sobre Adopción, en nuestro país existen dos especies de adopción: la simple y la plena. La simple crea solamente un vínculo jurídico familiar entre adoptado y adoptante, pero no produce parentesco entre el adoptado y los familiares del adoptante ni entre éste y los familiares de aquél. La adopción plena, por el contrario, confiere al adoptado la condición jurídica de hijo del o de los adoptantes y crea parentesco entre el adoptado y los familiares del o de los adoptantes y entre éste o éstos y el cónyuge y descendientes del adoptado, así como también entre los familiares del o de los adoptantes y el cónyuge y descendientes del adoptado.

De lo expuesto se infiere que, en caso de adopción plena, surgen entre todas esas personas los impedimentos dirimentes, de consanguinidad o de afinidad, según el caso. Por ejemplo, entre el adoptado en adopción plena y el adoptante y sus ascendientes (que son ascendientes del adoptado por efecto de la adopción plena) existe impedimento dirimente de consanguinidad. Entre el adoptado en adopción plena y el hijo del adoptante o adoptantes (que es su hermano) existe impedimento dirimente de consanguinidad.

Es conveniente advertir que, aunque la adopción plena rompe el parentesco entre el adoptado y su familia de origen, subsisten entre ellos los impedimentos matrimoniales derivados del extinguido parentesco.

En conclusión, el impedimento dirimente de adopción, previsto en el artículo 54 del Código Civil se aplica en caso de adopción simple. En tal caso, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado ni con sus descendientes, ni con el cónyuge del adoptado, y el adoptado no puede hacerlo tampoco con el adoptante, ni con el cónyuge de éste. Puede, en cambio, en caso de adopción simple, haber matrimonio entre el adoptado y descendientes del adoptante.[25]

El impedimento de adopción, como dirimente que es, produce, cuando es violado, la nulidad absoluta del matrimonio, prevista en el artículo 123 del Código Civil.

Es dirimente relativo: en virtud de él existe prohibición al matrimonio entre personas determinadas.

---

[25] *Vid.* art. 407 LOPNA.

d) *Impedimento de crimen*. La doctrina denomina así, en forma abreviada, el impedimento consagrado en el artículo 55 del Código Civil:

> «No se permite ni es válido el matrimonio entre el condenado como reo o cómplice de homicidio ejecutado, frustrado o intentado contra uno de los cónyuges, y el otro cónyuge. Mientras estuviere pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse el matrimonio».

En relación con este impedimento es necesario aclarar lo siguiente:

Existe entre el condenado como reo (autor) o cómplice (quien ayuda a la comisión de un delito) del homicidio (no por otro delito) ejecutado (se logró el resultado, se perpetró el homicidio) intentado (el sujeto activo tiene la intención de dar muerte a la persona y comienza la ejecución del delito por medios idóneos, apropiados, pero, por causas independientes de su voluntad, no hace todo lo necesario para la consumación del delito) o frustrado (el sujeto activo tiene la intención de matar y, a tal efecto, emplea medios idóneos y hace todo lo que es menester para consumar el delito, pero, por causas independientes de su voluntad, no logra el resultado) en la persona de un cónyuge y el otro cónyuge.

— No cesa con el cumplimiento de la condena que le hubiere sido impuesta al autor o cómplice del homicidio intentado, frustrado o ejecutado en la persona de un cónyuge. Cuando se produce la condena, el impedimento se hace perpetuo.

— El impedimento existe también mientras dure el juicio criminal.

— Es indiferente que el cónyuge del sujeto pasivo del homicidio ejecutado, frustrado o intentado, haya o no participado en el delito.

— El impedimento resulta también de la condena impuesta por sentencia penal dictada en país extranjero. El artículo 107 del Código Civil establece:

> «La condenación penal recaída en país extranjero por homicidio consumado, frustrado o intentado en la persona de un cónyuge tendrá el mismo efecto que si hubiese sido dictada en Venezuela, en cuanto a impedir el matrimonio del reo con el otro cónyuge».

El impedimento de crimen es dirimente, su transgresión determina la nulidad absoluta del matrimonio, prevista en el artículo 117 del Código Civil.

Es relativo, porque es obstáculo al matrimonio entre personas determinadas: el condenado como reo o cómplice del homicidio ejecutado, frustrado o intentado de una persona y el cónyuge de ésta.

2. *Impedimentos impedientes*

Existen algunos dispensables y otros no dispensables.

A. *Impedimentos impedientes dispensables*

a) *Impedimento impediente de consanguinidad.* El artículo 53 del Código Civil, en su primera parte, prohíbe el matrimonio entre tíos y sobrinos y entre tíos y los descendientes de los sobrinos.

Es un impedimento impediente, luego su violación *no* determina la nulidad del matrimonio.

Es relativo, pues prohíbe el matrimonio entre personas determinadas.

Es dispensable, porque la ley prevé la posibilidad de que sea levantada la prohibición y pueda celebrarse libremente el matrimonio. En efecto, según lo dispuesto por el artículo 65 del Código Civil, el impedimento impediente de consanguinidad puede ser dispensado por el Juez de Familia con jurisdicción en donde se pretende celebrar el matrimonio.

Si el matrimonio se celebra sin haber obtenido la dispensa o a pesar de haber sido negada, la sanción es una multa de quinientos a dos mil bolívares en el primer caso y de tres mil en el segundo (ord. 1°, artículo 131 C.C.).

b) *Impedimento impediente de afinidad.* En la segunda parte del artículo 53 del Código Civil se prohíbe el matrimonio entre cuñados cuando el que produjo la afinidad quedó disuelto por divorcio.

Es un impedimento impediente; si se celebra un matrimonio con transgresión de él, tal matrimonio es válido.

Es impediente relativo, porque obstaculiza el matrimonio entre personas determinadas.

Es dispensable, porque está prevista en la ley la posibilidad de que sea levantado y, en consecuencia, pueda ser celebrado libremente el matrimonio. De conformidad con lo pautado en el artículo 65 del Código Civil, los Jueces de Primera Instancia en lo Civil pueden dispensar el impedimento que existe entre cuñados.

Si el matrimonio se celebra sin haberse obtenido la dispensa o aun cuando tal dispensa hubiere sido negada, los cónyuges serán sancionados con una multa de quinientos a dos mil bolívares en el primer caso y de tres mil en el segundo (ord. 1º, artículo 131 Código Civil).

c) *Impedimento de tutela.* Según el artículo 58 del Código Civil, no se permite el matrimonio del tutor o curador o alguno de sus descendientes con la persona que uno de aquéllos tiene o ha tenido bajo su protección,

mientras que, fenecida la tutela o curatela, no haya recaído la aprobación de las cuentas a su cargo, salvo que el Juez ante quien se constituyó la tutela o el del domicilio del tutor, por causas graves expida la autorización.

Es un impedimento impediente, luego, si se contrae matrimonio con transgresión de tal obstáculo, el matrimonio es válido.

Es relativo, pues prohíbe el matrimonio entre personas determinadas.

Es dispensable puesto que la ley prevé la posibilidad de que el Juez ante quien se constituyó la tutela o el del domicilio del tutor, autorice el matrimonio.

Si se viola el impedimento de tutela, el tutor o curador será privado de toda remuneración por razón del cargo (ord. 2°, artículo 131 C.C.).

Es un impedimento temporal puesto que cesa con la aprobación de las cuentas de la tutela o curatela.

B. *Impedimentos impedientes no dispensables*

a) *Impedimento de turbatio sanguinis*. El artículo 57 del Código Civil dispone que la mujer no puede contraer válidamente matrimonio, sino después de diez meses contados a partir de la anulación o disolución del anterior matrimonio, excepto en el caso de que antes de dicho lapso haya ocurrido el parto o produzca evidencia médica documentada de la cual resulte que no está embarazada.

El impedimento en cuestión es impediente, su violación *no* determina la nulidad del matrimonio.

Es absoluto porque prohíbe el matrimonio de la mujer afectada con cualquier hombre.

Es temporal, pues cesa una vez fenecido el lapso de diez meses, contados a partir de la anulación o disolución del anterior matrimonio o antes, si la mujer da a luz o se produce evidencia médica documentada de la cual resulte que no está embarazada. Suele presentarse confusión en lo atinente al carácter de *no dispensable* de este impedimento. Tiende a pensarse, erróneamente, que el impedimento de *turbatio sanguinis* es dispensable, porque si la mujer que pretende contraer nuevo matrimonio, antes de vencer el lapso de diez meses, contado a partir de la anulación o disolución del anterior matrimonio, da a luz o produce evidencia médica documentada de la cual resulta que no está embarazada, puede casarse libremente. Pero, en realidad, lo que ocurre en tales casos es que no existe impedimento de

turbatio sanguinis, porque no concurren todas las circunstancias previstas en la ley (art. 57 Código Civil).

No está prevista sanción alguna en nuestra legislación para el caso de transgresión del impedimento de *turbatio sanguinis.*

b) *Impedimento de autorización.* De conformidad con el artículo 59 de nuestro Código Civil, el menor de edad no puede contraer matrimonio sin la autorización de sus padres.

En caso de desacuerdo o de imposibilidad de manifestarlo, corresponderá al Juez de Menores del domicilio del menor autorizar o no el matrimonio, oída la opinión de los padres si fuere posible. Contra esa decisión no habrá recurso alguno.

Según el artículo 60, a falta del padre y de la madre, se necesita la autorización de los abuelos del menor. En caso de desacuerdo bastará con que autoricen el matrimonio dos de los abuelos. Si esto no fuera posible, corresponderá al Juez de Menores del domicilio del menor, autorizar o no el matrimonio, oída la opinión de los abuelos. Contra esta decisión no habrá recurso alguno.

El artículo 61 dispone que a falta de padres, abuelos y abuelas, se necesita el consentimiento del tutor; si éste no existe, se pedirá la autorización del Juez de Menores del domicilio del menor.

Éste es un impedimento impediente, por lo que su transgresión no afecta de nulidad el matrimonio.

Es absoluto, pues entraba el matrimonio de la persona afectada con cualquier persona del sexo opuesto.

Es no dispensable, porque la ley no prevé la posibilidad de levantarlo.

Si se violara este impedimento de autorización, se castigará al autor de tal transgresión con la privación de la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayoría de edad (ord. 3°, artículo 131 C.C.).[26]

c) *Impedimento de inventario.* La persona que tenga hijos menores bajo su patria potestad y aspire a contraer matrimonio, deberá antes hacer levantar un inventario judicial de los bienes propios del o de los hijos. A tal efecto, ocurrirá ante un Juez de Menores de su domicilio para que nombre un curador *ad-hoc* al hijo o a los hijos. El inventario se levantará ante el Juez en presencia del curador *ad-hoc,* del otro progenitor que ejerce la patria potestad y de dos testigos.

---

[26] *Vid.* art. 177, Parágrafo 4º, letra b) LOPNA.

Cuando haya bienes situados fuera de la jurisdicción del Juez y la naturaleza de ellos lo reclama, se dará comisión para practicar el inventario con las formalidades ya dichas.

Si no existieren bienes, el curador, hechas las averiguaciones del caso, así lo hará constar.

Según el artículo 111 del Código Civil, no podrá celebrarse el matrimonio de quien tuviere hijos menores bajo su potestad, sin que se presenten originales las actuaciones relativas al inventario de los bienes propios del o de los hijos.

Es un impedimento impediente. El matrimonio celebrado con violación de él es válido.

Es no dispensable y absoluto. Lo primero, porque el legislador no prevé la forma de levantarlo; lo segundo, porque es obstáculo al matrimonio de la persona afectada con cualquier otra de sexo opuesto.

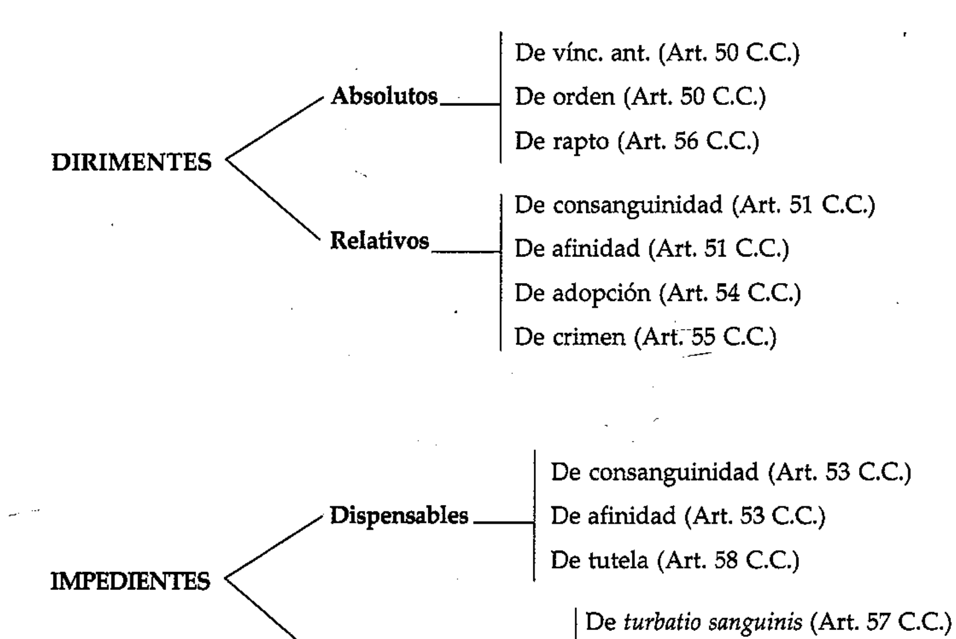
Si una persona, teniendo hijos bajo su patria potestad, se casa sin hacer levantar el inventario judicial de los bienes de tales hijos, será solidariamente responsable con quien contrajere matrimonio con ella, de los perjuicios que ocasionen a los hijos.

El inventario en cuestión debe levantarse antes de celebrar el matrimonio, pero existen dos excepciones en las cuales puede y debe levantarse después. Esas excepciones son: 1) En el caso del matrimonio que se celebra para regularizar una unión concubinaria. En este caso, el contrayente que tenga hijos bajo su patria potestad, dispone de un lapso de tres meses, a partir de la celebración del matrimonio, para hacer levantar el inventario judicial de los bienes propios de sus hijos.

2) En el caso de matrimonio celebrado en artículo de muerte. En este caso los contrayentes están obligados a presentar dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio, al Concejo Municipal de la jurisdicción, la documentación comprobatoria de que pudieron casarse legítimamente. En consecuencia, si uno o ambos contrayentes tienen hijos bajo su patria potestad, deberán presentar al Concejo Municipal de la jurisdicción el inventario de los bienes propios de sus hijos, dentro de los seis meses siguientes al matrimonio, como parte de esa documentación comprobatoria de que pudieron casarse legítimamente.


REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO
DE FONDO
Elementos esenciales o supuestos
Diversidad de sexos
Consentimiento matrimonial
Presencia de un funcionario público competente
Capacidad matrimonial
Ausencia de impedimentos
DE FORMA
Previos a la celebración
Manifestación esponsalicia
Publicación de carteles esponsalicios
Formación de expediente esponsalicio
Celebración
Lugar
Oportunidad
Número de testigos
Formalidades del acto

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES: Clasificación



Capítulo VIII

FORMALIDADES DEL MATRIMONIO. MANIFESTACIÓN PREVIA. PUBLICACIÓN DE CARTELES. CONTENIDO DEL EXPEDIENTE ESPONSALICIO. LA OPOSICIÓN AL MATRIMONIO. SUS CAUSAS Y EFECTOS. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. CONTENIDO DEL ACTA MATRIMONIAL. MATRIMONIOS DE VENEZOLANOS EN PAÍSES EXTRANJEROS Y DE EXTRANJEROS EN VENEZUELA. PRUEBA DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

I. Formalidades del matrimonio

El matrimonio en el Derecho Civil moderno es un acto solemne. Esto significa que para que se perfeccione es menester cumplir los requisitos de forma o formalidades establecidos por la ley.

Se comprende que en su origen, en su introducción y generalización por obra de la Revolución Francesa, el matrimonio civil fuera un acto enérgicamente solemne. Fruto del Derecho Revolucionario, que frente a la Iglesia Católica afirmaba la exclusiva competencia estatal en materia de matrimonio, el matrimonio civil precisaba acreditarse ante la opinión pública como un acto tan importante como el religioso. Careciendo de tradición, no tuvo más remedio que inspirarse en las solemnidades del matrimonio canónico.

En la actualidad, aquellos propósitos que animaron a los introductores del matrimonio civil, carecen de sentido y finalidad. Habiéndose arraigado el matrimonio civil obligatorio, no ha perdido su importancia el matrimonio canónico, que indudablemente supera en solemnidad al civil.

Las finalidades perseguidas en la actualidad con las formalidades del matrimonio son otras. Se trata de *asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre capacidad e impedimentos matrimoniales,* a través de las formalidades previas a la celebración —manifestación esponsalicia, publicación de carteles, formación del expediente esponsalicio— y del recurso de la oposición y de la denuncia; *marcar la diferencia entre el matrimonio y la unión libre con apariencia de matrimonio* al hacer posible que quede constancia fehaciente de la constitución del estado de casados y *la de constituir un título que facilite la prueba del matrimonio.*

Las formalidades del matrimonio son los requisitos de forma del matrimonio y éstos son aquellos que se relacionan directamente con su celebración.

Los requisitos de forma necesarios para la celebración del matrimonio se cumplen: algunos, antes de la celebración y otros, en la propia celebración, de allí que pueda distinguirse entre:

a) Requisitos de forma o formalidades previas a la celebración del matrimonio.

b) Celebración del matrimonio.

1. Requisitos de forma o formalidades previas a la celebración del matrimonio.

A. *Manifestación previa o manifestación esponsalicia*

La manifestación previa o manifestación esponsalicia es la declaración anticipada que las personas que proyectan contraer matrimonio deben hacer de tal matrimonio que desean contraer, ante el funcionario competente.

a) *¿Ante quién debe hacerse?* Ante cualquiera de los funcionarios autorizados por la ley para celebrar el matrimonio que tenga jurisdicción en la residencia de alguno de los futuros contrayentes (art. 66 C.C.).

b) *¿Quién debe hacerla?* Los futuros contrayentes personalmente o mediante apoderado especial constituido al efecto, por documento público. Puede hacerla uno solo de los futuros contrayentes, cuando éste presente documento auténtico de esponsales (donde conste, por supuesto, la voluntad de contraer futuro matrimonio del futuro contrayente no compareciente) (art. 67, Código Civil).

c) *Asistencia necesaria.* Si uno o ambos futuros contrayentes requieren, de acuerdo con la ley, autorización de alguna o de algunas personas para contraer matrimonio, deben estar asistidos, en el acto de la manifestación esponsalicia, de las personas cuya autorización es necesaria. Tal autorización puede constar en documento público. Si es así, no será necesaria la presencia de las personas cuya autorización es requerida; bastará con la presentación del documento público donde consta dicha autorización (art. 67 C.C.).

d) *Contenido de la manifestación esponsalicia.* Los futuros contrayentes deben manifestar su deseo de contraer futuro matrimonio. Deben, además, en la manifestación esponsalicia, expresar bajo juramento, su nombre, apellidos, edad, profesión y domicilio, y el nombre y apellido del padre y de la madre de cada uno de ellos. Igualmente, los manifestantes deben señalar el funcionario escogido, entre los facultados por la ley, para la celebración del matrimonio (art. 66 C.C.).

e) *Acta esponsalicia.* De todo lo declarado por los futuros contrayentes ante uno de los funcionarios competentes para recibir la manifestación esponsalicia, se extenderá un acta que firmarán el funcionario, las partes u otro a su ruego, si ellas no supieran o pudieran hacerlo, y el secretario. Ésta es la que se llama acta esponsalicia.

f) *Recaudos que deben consignarse en el acto de la manifestación previa.*

a*) Copia certificada de las partidas de nacimiento de los futuros contrayentes, las cuales no deberán datar de más de seis meses antes de la celebración del matrimonio.

Estas copias certificadas pueden ser suplidas por justificativos evacuados ante un Juez o Notario, con la declaración de dos testigos, por lo menos, de reconocida honorabilidad y que den razón circunstanciada de sus dichos (art. 69 Código Civil, primer aparte).

b*) Si se trata de segundo o ulterior matrimonio para uno de los contrayentes, o para ambos, copia certificada de la sentencia firme que declaró nulo o disuelto el matrimonio anterior, o copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido; esta última, la copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido, si tal fuere el caso, puede suplirse con justificativo evacuado ante un Juez o Notario mediante la declaración de dos testigos de reconocida honorabilidad y que den razón circunstanciada de sus dichos.

Si la nulidad o la disolución del matrimonio anterior de alguno de los futuros contrayentes deriva de sentencia firme, dictada por un Tribunal competente en país extranjero, es indispensable que dicha sentencia haya recibido el pase o ejecutoria o *exequatur* de la Corte Suprema de Justicia en Venezuela, sin cuyo requisito no puede producir efecto alguno en el país (art. 108 C.C., segundo aparte en concordancia con el artículo 850 C.P.C.).

c*) Si uno o ambos futuros contrayentes tienen hijos menores bajo su patria potestad, deben consignar original del inventario judicial de los bienes propios de tales hijos.

d*) Los documentos que acreditan la dispensa de los impedimentos impedientes que pudieran existir para la celebración del matrimonio proyectado.

e*) Si alguno o ambos contrayentes fueren extranjeros, cada uno de ellos deberá comprobar que es soltero, viudo o divorciado y capaz para contraer matrimonio según su ley nacional. Estas circunstancias pueden comprobarse mediante justificativo evacuado ante un Juez o Notario, en el cual tres testigos, cuando menos, y que den razón fundada y circunstanciada de sus dichos, declaren bajo juramento, afirmando la expresada capacidad.

B. *Publicación de carteles*

Se llama cartel esponsalicio al contentivo de la manifestación previa, hecha por los futuros contrayentes, que debe redactar el funcionario competente que haya recibido tal manifestación.

La publicación de los carteles esponsalicios se cumple mediante su fijación en sitios públicos.

a) *Dónde debe hacerse la fijación del cartel esponsalicio*

a. En uno de los sitios más públicos del lugar donde cada uno de los contrayentes tenga su domicilio o residencia.

b. Si el matrimonio se va a celebrar ante funcionario competente diferente al que ha recibido la manifestación esponsalicia, éste debe enviar notificación a aquél, para que proceda a fijar el cartel en lugar público de donde deba celebrarse el matrimonio.

c. Si uno o ambos futuros contrayentes han cambiado de residencia en los seis meses anteriores a la manifestación esponsalicia, el funcionario que la recibe debe informar, por la vía más rápida, a un funcionario competente para celebrar el matrimonio en la parroquia o municipio donde él o los futuros contrayentes tenían su anterior residencia, para que proceda a fijar allí el cartel esponsalicio.

d. Si alguno de los futuros contrayentes no tuviere un año por lo menos, de residencia en Venezuela, el funcionario que recibe la manifestación esponsalicia debe hacer publicar el cartel esponsalicio en un periódico de la localidad, si existe, o en uno de la localidad más cercana, con una antelación no menor de treinta días a la fecha de fijación del cartel. Sin embargo, tal publicación puede sustituirse por justificativo similar al que deben consignar los extranjeros para comprobar su capacidad matrimonial de acuerdo a su ley nacional (artículo 68 C.C.).

b) *Tiempo de fijación del cartel.* El cartel esponsalicio permanecerá fijado en los lugares donde debe fijarse, según el caso, por ocho días continuos, antes de la celebración del matrimonio. Debe hacerse constar en el expediente esponsalicio respectivo la fecha de su fijación (art. 68 C.C., primer aparte).

El matrimonio sólo puede celebrarse después de que se haya cumplido el lapso de ocho días continuos, durante el cual deben permanecer fijados los carteles esponsalicios.

Tampoco puede celebrarse el matrimonio después de seis meses, contados a partir de la fecha de la manifestación esponsalicia. Si no se ha celebrado el matrimonio en ese lapso, que es el lapso de validez de los carteles esponsalicios, no podrá efectuarse sin haberse cumplido de nuevo las formalidades previas a la celebración del matrimonio (art. 81 C.C.).

C. *Expediente esponsalicio*

El expediente esponsalicio es el conjunto de recaudos que deben reunirse con anterioridad a la celebración del matrimonio, mediante los cuales se comprueba el cumplimiento de los requisitos de fondo exigidos por la ley.

a) *Formación del expediente esponsalicio.* El funcionario público competente ante quien se haga manifestación de la voluntad de contraer matrimonio (manifestación esponsalicia) formará el expediente esponsalicio (art. 69 C.C.).

b) *Contenido del expediente esponsalicio.* El expediente esponsalicio deberá contener:

a. El acta de esponsales o acta esponsalicia.

b. Todo lo relativo a la fijación de carteles.

c. Los recaudos que deben consignar los futuros contrayentes en el acto de la manifestación esponsalicia:

a'. Copias certificadas de las partidas de nacimiento de los futuros contrayentes, las cuales no deben haber sido expedidas con más de seis meses de anticipación a la celebración del matrimonio o justificativos que las supla.

b'. Los documentos que acrediten la dispensa de los impedimentos (impedientes) que pudieran existir para la celebración del matrimonio.

c'. Si se trata de segundo o ulterior matrimonio para alguno de los futuros contrayentes o para ambos, copia certificada de la sentencia firme que declaró nulo o disuelto el matrimonio anterior, o copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido (o justificativo judicial o notarial que supla tal acta de defunción).

d'. Si uno o ambos futuros contrayentes tienen hijos bajo su patria potestad, el original del inventario judicial de los bienes propios de tales hijos.

e'. Si alguno de los futuros contrayentes es extranjero, documentación comprobatoria de que es capaz para contraer matrimonio, de acuerdo a su ley nacional. (Ésta puede comprobarse mediante justificativo judicial o notarial).

d. Si hubo oposición al matrimonio, copia certificada de la decisión que declaró sin lugar tal recurso.

e. Constancia de que el funcionario ante quien los futuros contrayentes hicieron la manifestación esponsalicia les advirtió la conveniencia de comprobar su estado de salud previamente a la celebración del matrimonio, a los fines de asegurar, en la mejor manera posible, una buena procreación.

c) *Destino del expediente esponsalicio.* Si el funcionario ante quien los futuros contrayentes hicieron la manifestación esponsalicia es el mismo escogido por ellos para celebrar el matrimonio, él conservará el expediente hasta la celebración y después, en un lapso de tres días, lo enviará al Presidente del Concejo Municipal.

Si el funcionario escogido por los futuros contrayentes para celebrar el matrimonio es distinto al funcionario que recibió la manifestación esponsalicia, éste será siempre quien forme el expediente esponsalicio y lo remitirá al funcionario elegido por los novios para celebrar el matrimonio, una vez que haya vencido el lapso de fijación de los carteles esponsalicios. Dicho funcionario enviará el expediente al Presidente del Concejo Municipal, dentro de los tres días siguientes al de la celebración (arts. 69 y 91, C.C.).

Es conveniente advertir que todas las diligencias relativas al expediente esponsalicio son absolutamente gratuitas por disposición expresa del Código Civil (art. 71, C.C.).

2. *Casos excepcionales en los que se permite la celebración del matrimonio sin el cumplimiento de los requisitos de forma previos*

A. *Matrimonio celebrado para regularizar una unión concubinaria*

Cuando un matrimonio se celebra para regularizar la unión concubinaria en que han estado viviendo los contrayentes, puede celebrarse sin haber cumplido los requisitos de forma previos, vale decir, sin hacer manifestación esponsalicia, fijación de carteles ni formación del expediente esponsalicio. El funcionario que autorice el acto debe tener perfecto conocimiento de que no existe ningún impedimento matrimonial. La circunstancia de que el matrimonio se celebró para regularizar una unión concubinaria debe hacerse constar en el acta matrimonial.

Si uno o ambos contrayentes tienen hijos menores bajo su patria potestad, deberán, en un lapso de tres meses contados a partir de la celebración del matrimonio, hacer levantar el inventario judicial de los bienes propios de sus hijos.

Esta excepción a la obligatoriedad del cumplimiento de las formalidades previas a la celebración del matrimonio está prevista en el artículo 70 del Código Civil que, textualmente, dice:

> «Podrá prescindirse de los documentos indicados en el artículo anterior y de la previa fijación de carteles, cuando los contrayentes deseen legalizar la unión concubinaria existente en que hayan estado viviendo. Esta circunstancia se certificará expresamente en la partida matrimonial.
>
> Si alguno de los contrayentes o ambos, tuvieren hijos menores bajo su patria potestad, deberán dentro de los tres (3) meses siguientes a la celebración del matrimonio, practicar el inventario de los bienes propios de sus hijos conforme a lo establecido en el Capítulo VII de este Título».

B. *Matrimonio en artículo de muerte*

Se considera matrimonio en artículo de muerte al que se celebra estando uno o ambos contrayentes en peligro inminente de morir. En este caso, por razones obvias, no puede exigirse el cumplimiento de las formalidades previas a la celebración del matrimonio. El legislador exime a los contrayentes, en el caso de matrimonio en artículo de muerte, del cumplimiento de tales requisitos.

En efecto, el artículo 96 del Código Civil establece, en su encabezamiento:

> «En el caso en que uno de los contrayentes o ambos se hallaren en artículo de muerte, los funcionarios a que se refiere el artículo 82 podrán autorizar el matrimonio con prescindencia de la fijación de carteles y de los requisitos establecidos en el artículo 69, aun cuando alguno de los contrayentes o ambos fueren transeúntes. Si la urgencia lo impusiere, podrá hasta prescindirse de la lectura de la Sección que trata: "De los deberes y derechos de los cónyuges"».

Cuando el matrimonio se celebra en el artículo de muerte, de conformidad con lo pautado en el artículo 100 del Código Civil, los contrayentes quedan obligados a presentar ante el Presidente del Concejo Municipal los documentos comprobatorios de que pudieron casarse legalmente.

II. La oposición al matrimonio

La oposición al matrimonio es un recurso que la ley reconoce a ciertas personas y a ciertos funcionarios públicos, con el objeto de impedir la celebración del matrimonio, cuando éste se proyecte contraer con violación de algún requisito legal.

La oposición al matrimonio es una sanción preventiva. Es una sanción porque, evidentemente, para las personas que proyectan contraer el matrimonio irregular, constituye un castigo que se les impida celebrarlo.

Es sanción preventiva porque se utiliza en relación a un matrimonio que va a celebrarse, que aún no se ha celebrado.

El fundamento de la oposición al matrimonio está en el principio de que, precisamente por la importancia individual, familiar y social del matrimonio, es preferible evitar su celebración cuando se pretende contraer con transgresión de disposiciones legales, que tener que aplicar sanciones más o menos graves al matrimonio ya celebrado.

1. *Causas de oposición al matrimonio*

La oposición al matrimonio puede formularse en todo caso en que se pretenda celebrar un matrimonio con violación de algún requisito, de fondo o de forma, establecido por la ley, independientemente de la gravedad de la transgresión y aun cuando carezca de sanción.

Pero, es bueno aclararlo, sólo es causa de oposición, la violación de una disposición legal matrimonial con que se pretenda contraer un matrimonio. Ningún otro motivo, por grave que parezca, puede ser invocado como fundamento para formalizar oposición al matrimonio. No procede, pues, la oposición al matrimonio, por un motivo cualquiera, sino mediante causas legítimas, cuando falte algún requisito exigido por la ley para contraer matrimonio.

2. *Personas que pueden oponerse al matrimonio*

El legislador tiene interés en evitar la celebración de matrimonios irregulares, pero también debe impedir el abuso de esta institución de la oposición matrimonial. De allí que no toda persona puede utilizarla, sino las señaladas en la ley.

Entre las personas que pueden oponerse al matrimonio, hay algunas que pueden hacerlo en todo caso, es decir, siempre que se pretenda celebrar un matrimonio con violación de algún requisito establecido en la ley; hay otras que tienen derecho a hacer lo mismo, pero sólo en algunos casos.

A. *Las personas que pueden oponerse a la celebración del matrimonio en todo caso* están enumeradas taxativamente en el artículo 72 del Código Civil. Ellas son el padre, la madre, los abuelos, el hermano, la hermana, el tío, la tía, el tutor y el curador de cualquiera de los futuros contrayentes.

Además, pueden oponerse al matrimonio en todo caso, algunos funcionarios públicos. Son ellos el Síndico Procurador Municipal del domicilio o residencia de cualquiera de los futuros contrayentes (art. 76 C.C.), el funcionario público que recibió la manifestación esponsalicia

(art. 79 C.C.) y el funcionario escogido por los futuros contrayentes para celebrar el matrimonio (arts. 79 y 84 C.C.).

B. *Personas que pueden oponerse en algunos casos.* Si una persona casada pretende contraer nuevo matrimonio, puede oponerse a tal matrimonio, además de las personas que pueden oponerse en todo caso, el cónyuge de quien desea contraerlo (art. 74 C.C.).

Si una mujer proyecta contraer matrimonio con transgresión del impedimento de *turbatio sanguinis,* previsto en el artículo 57 del Código Civil, el derecho de hacer oposición al matrimonio corresponde a sus ascendientes y a los ascendientes, descendientes y hermanos del ex marido y, en caso de que el matrimonio anterior de la mujer hubiere sido declarado judicialmente nulo o disuelto por divorcio, puede el ex marido hacer oposición al que pretenda celebrar su ex esposa con violación del impedimento de *turbatio sanguinis* (art. 75 del Código Civil).

3. *Procedimiento de la oposición al matrimonio*

Se distingue entre el procedimiento regular y el llamado de oficio.

A. *Procedimiento regular*

a) *Formulación de la oposición*

a. *Quién la hace:* Quien está facultado por la ley para hacerla, personalmente o a través de apoderado con poder especial (art. 77, Código Civil).

b. *Ante quién puede hacerse la oposición al matrimonio.* Ante el funcionario que haya recibido la manifestación esponsalicia de los futuros contrayentes o ante el escogido por ellos para celebrar el matrimonio (art. 77 C.C.).

c. *Forma de hacerse:* Por escrito (art. 77 C.C.).

d. *Contenido:* El escrito de oposición al matrimonio debe contener la expresión de la calidad que da derecho a formular la oposición y, además, los fundamentos de ésta (art. 77 C.C.).

e. *Oportunidad.* Hemos dicho que la oposición es una sanción preventiva orientada a evitar que se celebre un matrimonio irregular. Obviamente, la oposición al matrimonio debe formularse antes de la celebración, en el período comprendido entre la manifestación esponsalicia y la celebración del matrimonio.

b) Recibida la oposición al matrimonio, el funcionario ante quien se ha formulado debe enviar el escrito de oposición y el expediente esponsalicio, al Juez de Primera Instancia en lo Civil, que es el competente para decidir la oposición. El Juez señalado debe revisar el

expediente esponsalicio y el escrito de formulación de la oposición, para establecer si procede continuar el proceso o si la oposición es improcedente por carecer de fundamento. Si resulta procedente la oposición, el Juez ordenará la citación de las partes para que concurran al tercer día al acto de contestación de la oposición. Luego el procedimiento de la oposición continúa tramitándose por el juicio breve. (Art. 766 C.P.C.).

c) *Decisión:* La decisión de la oposición corresponde al Juez de Primera Instancia. No requiere consulta, pero puede ser apelada y, contra el fallo del Juez Superior en lo Civil, cabe recurso de Casación.

B. *Procedimiento de oficio.* Es el procedimiento que se aplica en los casos en que la oposición al matrimonio procede, directamente, del funcionario que recibió la manifestación esponsalicia o del escogido por los futuros contrayentes para la celebración.

En estos casos, cuando algunos de los funcionarios mencionados advierte que el matrimonio que proyecta celebrarse viola algún impedimento matrimonial o cuando no se hubieran observado todas las formalidades preliminares (salvo los dos casos de excepción en los que, como hemos anotado, puede prescindirse de ellas) y, en general, cuando se pretenda celebrar el matrimonio con transgresión de alguna disposición legal, debe abstenerse de celebrar el matrimonio y proceder, sin demora, a realizar las averiguaciones del caso y a enviar todo lo actuado y el expediente esponsalicio, al Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción. A partir de este envío se sigue el procedimiento regular u ordinario de la oposición.

4. *La denuncia*

El matrimonio es una institución de gran importancia social. La sociedad está interesada en su estabilidad. De allí que la ley otorgue, a todo ciudadano, la facultad de participar o avisar al Síndico Procurador Municipal del domicilio o de la residencia de alguno de los futuros contrayentes, al funcionario que ha recibido la manifestación esponsalicia o al escogido para la celebración del matrimonio, que el que se proyecta contraer viola alguna disposición legal. Ésta es la denuncia, figura jurídica que persigue el mismo fin que la oposición matrimonial. Es, realmente, una oposición informal.

El funcionario que recibe la denuncia debe hacer todas las averiguaciones que considere convenientes y, si encuentra fundamento a la denuncia, debe oponerse a la celebración del matrimonio.

5. *Efectos de la oposición al matrimonio*

Los efectos de la oposición al matrimonio son graves, en su virtud se suspende la celebración del matrimonio, hasta que la oposición haya sido declarada sin lugar, mediante decisión judicial firme o haya sido desechada por improcedente. El artículo 78 del Código Civil, dispone:

> «Hecha la oposición por quien tenga carácter legal para hacerla, y fundada en una causa admitida por la Ley, no podrá procederse a la celebración del matrimonio mientras el Juez de Primera Instancia, a quien se pasará el expediente, no haya declarado sin lugar la oposición. Aun en el caso de ser retirada ésta, dicho Juez decidirá si debe o no seguirse.
>
> Cuando la oposición se fundare en la falta de licencia por razón de menor de edad, sólo se abrirá el juicio de que se trata, si el interesado sostuviere que es mayor o que ha obtenido la licencia».

Precisamente, por la gravedad de sus efectos, el legislador limita la oposición al matrimonio tanto en cuanto a las personas facultadas por la ley para hacerla, como en cuanto a las causas por las que puede formularse. La oposición sin límites perjudicaría más que beneficiaría el orden familiar.

6. *Responsabilidad originada en la oposición al matrimonio y en la denuncia*

El artículo 80 del Código Civil establece:

> «Si la oposición se declarare sin lugar, los que la hayan hecho, salvo los ascendientes y el Síndico Procurador Municipal, podrán ser condenados en daños y perjuicios.
>
> También podrán serlo los denunciantes y testigos».

Sabemos que el efecto de la oposición al matrimonio es la suspensión de la celebración del matrimonio, hasta tanto no se produzca decisión judicial firme que la declare sin lugar o que la deseche por improcedente. Tal efecto es grave y puede ocasionar daños y perjuicios a los contrayentes.

El legislador está interesado en que se utilice la oposición al matrimonio debidamente, orientándola rectamente a su auténtica finalidad: impedir la celebración de matrimonios irregulares que, de celebrarse, pueden ameritar sanciones más o menos graves que pueden llegar, incluso, a la nulidad del matrimonio.

Pero el legislador está igualmente interesado en que la oposición al matrimonio se ejerza responsablemente y en que no se convierta en fuente de abusos. Precisamente, por esta razón, cuando la oposición sea declarada sin lugar, las personas que la han formulado, con excepción del Síndico Procurador Municipal y de los ascendientes de los contrayentes, pueden ser condenados por los daños y perjuicios causados por la oposición, a las personas que proyectaban contraer matrimonio. Además de los oponentes, pueden ser condenados también, en daños y perjuicios, los denunciantes y los testigos.

La acción para reclamar indemnización por los daños y perjuicios producidos por la oposición al matrimonio, corresponde a los futuros contrayentes. Ellos, en juicio ordinario, deben comprobar la culpa de quien formuló la oposición que fue declarada sin lugar, de los denunciantes o de los testigos, según el caso; deben comprobar los daños y perjuicios sufridos y la relación de causa a efecto entre la culpa del oponente, denunciante o testigo y los daños sufridos.

La oposición al matrimonio o la denuncia infundada puede, incluso, adecuarse a la acción tipificada como falta en el artículo 509 del Código Penal vigente, el cual establece:

> «Cualquiera que, públicamente, por petulancia u otro vituperable motivo, hubiere molestado a alguna persona o perturbado su tranquilidad, será penado con multa hasta de cincuenta bolívares o con arresto hasta por ocho días».

El legislador, al consagrar tales consecuencias para quien formula oposición al matrimonio, para el denunciante y para los testigos, en el caso de que la oposición sea declarada sin lugar por sentencia firme, persigue, como finalidad, inhibir el uso irresponsable, el abuso, de tan importante recurso legal.

III. Celebración del matrimonio

El matrimonio es un acto formal. La solemnidad es una de las características del matrimonio moderno. Para que se perfeccione el matrimonio es menester que se cumpla una serie de formalidades establecidas en la ley, unas de ellas antes de la celebración del matrimonio y otras, durante el acto mismo de la celebración. Ya hemos estudiado las formalidades previas a la celebración del matrimonio. Pues bien, el otro requisito de forma del matrimonio es el relativo a su celebración.

De acuerdo a su celebración, existen dos clases de matrimonio: el matrimonio ordinario y el matrimonio en artículo de muerte. Pero ambos tienen caracteres comunes, que son: la celebración del matrimonio es siempre un acto público, personal y gratuito.

1. *Análisis de los caracteres de la celebración del matrimonio*

A. *La celebración de matrimonio es un acto personal.* No puede efectuarse la celebración del matrimonio sin la presencia de los contrayentes o de sus apoderados especiales.

La legislación venezolana admite el matrimonio mediante apoderado constituido por poder especial. Admite, pues, la representación impropia,

en la celebración del matrimonio. En efecto, de acuerdo a lo pautado en el artículo 85 de nuestro Código Civil, el matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderado, constituido por poder especial.

El poder matrimonial es un poder especial que debe ser otorgado ante un Registro Público directamente, ante cualquier Registrador Subalterno, si el poder se confiere en Venezuela (ver artículos 38 y 57 de la Ley de Registro Público). Si se otorga en país extranjero, debe hacerse ante el funcionario competente en el país en el cual se confiere o ante el funcionario correspondiente del servicio exterior venezolano. De todas formas, el poder matrimonial otorgado en el extranjero, debe protocolizarse en una Oficina Subalterna de Registro de Venezuela, para que pueda ser utilizado en el país.

En el poder matrimonial debe indicarse el nombre, apellido, cédula de identidad, profesión, edad, lugar de nacimiento y domicilio del poderdante y de la persona con quien desea contraer matrimonio. También la identificación del apoderado. El poder matrimonial puede ser revocado expresa o tácitamente. Ocurre lo primero cuando antes de que el apoderado contraiga el matrimonio, el poderdante revoca el poder y lo segundo, cuando antes de que el apoderado contraiga matrimonio, el poderdante contrae válidamente matrimonio. En tales casos, si antes de que el apoderado contraiga el matrimonio, el poderdante revoca, tácita o expresamente, el poder matrimonial, el matrimonio por poder quedará viciado de nulidad.

B. *La celebración del matrimonio es un acto público.* No es posible la celebración del matrimonio en forma clandestina.

> «El acto del matrimonio será público en todo caso y no podrá vedarse a nadie asistir a su celebración». (Art. 94 C.C.).

De suerte que en todo caso, sea que el matrimonio se celebre en el Despacho del funcionario que va a presenciarlo o fuera de él, aunque sea en una residencia particular, la celebración del matrimonio ha de ser un acto público, al cual puede asistir cualquier persona que desee hacerlo, sin que pueda prohibírsele a nadie el acceso al lugar donde se está celebrando el matrimonio.

Cuando el matrimonio se celebra fuera del Despacho del funcionario, el lugar donde se efectúe el acto, durante la celebración, es sede del funcionario, y por ello pierde su carácter privado.

C. *La celebración del matrimonio es un acto gratuito.* Al establecer la gratuidad en la celebración del matrimonio, el legislador pretende facilitarla.

No solamente la celebración del matrimonio es un acto gratuito. También todas las diligencias relativas a las formalidades preliminares (art. 71 C.C.).

En relación con la celebración del matrimonio, ella ha de ser absolutamente gratuita. En caso de que el acto se celebre en lugar diferente al despacho del funcionario que va a presenciarlo, los interesados proporcionarán vehículos y nada podrán cobrar ni recibir los funcionarios por la traslación.

De conformidad con el artículo 95 del Código Civil, a los funcionarios que infringieren las prohibiciones establecidas de cobrar o recibir emolumentos, se les seguirá el juicio penal correspondiente.

En efecto, el funcionario que reciba o cobre emolumentos por la celebración del matrimonio comete el delito de corrupción de funcionarios o el de concusión, según el caso (ver artículos 65 y 62 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

2. *Celebración del matrimonio ordinario*

Por su celebración se distinguen dos tipos de matrimonio: el ordinario y el matrimonio en artículo de muerte. Matrimonio en artículo de muerte es aquel que se celebra estando uno o ambos contrayentes en peligro inminente de morir. Matrimonio ordinario es todo matrimonio en el cual no media la circunstancia del peligro inmediato de muerte en ninguno de los contrayentes, en el momento de la celebración.

A. *Funcionarios autorizados para celebrarlo.* Ellos son: La Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, el Jefe Civil de Distrito, el Presidente del Concejo Municipal, el Presidente de la Junta Comunal (art. 82 C.C.), el Comisario General de las Dependencias Federales (Ley Orgánica de las Dependencias Federales), Prefectos de Departamento en los Territorios Federales (Ley Orgánica de Territorios Federales).

Además, conforme al primer aparte del artículo 82 del Código Civil, los Gobernadores de Estado y de Territorios Federales deberán facultar a personas idóneas para autorizar las diligencias relativas al matrimonio y su celebración, si los contrayentes residen en campos, caseríos, vecindarios u otros lugares alejados de los centros urbanos.

B. *Lugar de la celebración.* El matrimonio ordinario puede celebrarse en el despacho del funcionario autorizado para ello (art. 86 C.C.). Puede también celebrarse el acto fuera del despacho del funcionario, si así lo pidieran los futuros contrayentes y no encontrare el funcionario escogido para la celebración, inconveniente alguno para ello (art. 87 CC.). Si alguno de los contrayentes está impedido, el funcionario deberá autorizar la celebración del matrimonio fuera de su despacho.

C. *Oportunidad de la celebración.* El matrimonio ordinario sólo puede celebrarse una vez vencido el lapso de ocho días contados a partir de la fijación del cartel esponsalicio, ya que éste debe permanecer fijado por ocho días continuos antes de la celebración del matrimonio. En caso de matrimonio que se realice para regularizar la unión concubinaria en que hubieren estado viviendo los contrayentes, éstos están eximidos del cumplimiento de las formalidades previas al matrimonio y, en consecuencia, puede celebrarse el matrimonio sin publicación de carteles.

D. *Personas que deben estar presentes en la celebración.* Los contrayentes, personalmente o mediante mandatario con poder especial, el funcionario competente, su secretario y los testigos. Éstos deben ser dos mayores de veintiún años (inexplicablemente no se modificó el artículo 86 C.C. y por eso, parecería que hoy no pueden ser testigos del matrimonio ordinario celebrado en el despacho del funcionario que lo presencia, los mayores de edad que no hayan cumplido veintiún años, aunque sí pueden serlo del celebrado fuera del despacho del funcionario y, también, del matrimonio en artículo de muerte), si se celebra el acto en el despacho del funcionario y cuatro, por lo menos, mayores de edad, si se celebra fuera de tal despacho. En este último caso, dos de los testigos, al menos, no pueden estar unidos por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, ni de afinidad, dentro del segundo, con ninguno de los contrayentes.

E. *Formalidades del acto de la celebración.* Reunidas las personas que deben asistir a la celebración del matrimonio, en el lugar, día y hora acordados por los contrayentes, se comienza el acto con la lectura, hecha por el Secretario, de la Sección I, Cap. XI, Título IV del C.C. relativa a los deberes y derechos de los cónyuges. Luego el funcionario competente recibirá de los contrayentes, uno después del otro, la manifestación de que se toman por marido y mujer, respectivamente, y los declarará unidos en matrimonio en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F. *Acta matrimonial.* De todo matrimonio se levantará un acta inmediatamente. Es el acta matrimonial. Debe ser leída al final del acto de la celebración y firmada por el funcionario que presenció el matrimonio, su secretario, los contrayentes, si pueden y saben firmar, y los testigos.

a) *Contenido del acta matrimonial.* De conformidad con el artículo 89 del C.C., el acta matrimonial debe contener, además de lo exigido en el art. 448 C.C. para toda acta del estado civil:

a. El nombre, apellidos, cédula de identidad, edad, profesión, lugar de nacimiento y domicilio de cada uno de los esposos.

b. Los nombres, apellidos, profesión y domicilio del padre y la madre de cada uno de ellos.

c. La declaración de los contrayentes de tomarse por marido y mujer.

d. La declaración que hicieren los contrayentes, en su caso, acerca del reconocimiento de hijos con expresión del nombre, la edad, y Municipio o Parroquia donde se asentó la partida de nacimiento de cada uno de ellos.

e. El nombre, apellidos, cédula de identidad, edad, profesión y domicilio de cada uno de los testigos.

b) *Registro del acta matrimonial.* Como quiera que la prueba más fácil y sencilla de la celebración del matrimonio es la que se hace mediante la copia certificada del acta matrimonial, el legislador venezolano ha previsto un sistema completo y adecuado para su registro.

En efecto, el matrimonio puede ser celebrado por la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio o por cualquier otro funcionario autorizado por la ley. La Primera Autoridad de Parroquia o Municipio lleva dos ejemplares del Libro de Matrimonios, los demás funcionarios autorizados para celebrar el matrimonio ordinario, llevan uno solo.

Si el matrimonio lo celebra un funcionario diferente a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, insertará el acta matrimonial en el Libro de Matrimonios que lleva y enviará copia certificada de ella a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, para que la copie y certifique en los dos Libros de Matrimonios que lleva.

Si es la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio quien celebra el matrimonio, extenderá el acta en uno de los ejemplares del Libro de Matrimonios que lleva y la copiará y certificará en el otro.

Por su parte, la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio debe enviar al Presidente del Concejo Municipal de la jurisdicción, copia certificada del acta de matrimonio que hubiere celebrado esta Primera Autoridad Civil o cualquier funcionario competente diferente al Presidente del Concejo Municipal, para que la copie y certifique en el Libro de Matrimonios que lleva (ver artículo 91 C.C.).

El Presidente del Concejo Municipal, a su vez, debe copiar y certificar en su Libro de Matrimonios el acta recibida y enviar copia certificada de ella y del acta de matrimonio que haya presenciado, a la Primera Autoridad Civil de las Parroquias o Municipios a que corresponda el lugar de nacimiento de los cónyuges, quien deberá insertar el acta de matrimonio

en los libros correspondientes, anotar el acta de nacimiento del cónyuge respectivo con la fecha del acta matrimonial y enviar al Registrador Principal una copia de las notas marginales que inserte, para que verifique igual anotación en el duplicado del Libro de Registro de Nacimientos que reposan en el archivo a su cargo (art. 92 C.C.).

Un acta de matrimonio conforme al sistema de Registro pautado en los artículos 91 y 92 del Código Civil se encontrará en el Libro de Matrimonios del funcionario que lo celebre, en los que lleva la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio donde se celebró el matrimonio, en el Libro de Matrimonios del Concejo Municipal a cuya jurisdicción corresponda aquel Municipio o Parroquia, en los Libros de Matrimonio llevados por la Primera Autoridad Civil de las Parroquias o Municipios a que correspondan los lugares de nacimiento de los esposos. Además, habrá notas marginales que dejen constancia de la celebración del matrimonio en el Libro de Nacimientos que lleva la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio que corresponda al lugar de nacimiento de cada uno de los esposos y en el duplicado que de tal libro reposa en el archivo del Registro Principal de tal jurisdicción.

El sistema de registro del acta matrimonial previsto por el legislador venezolano es, realmente, adecuado y completo. El problema lo encontramos en la práctica. Los funcionarios competentes para celebrar el matrimonio, diferentes a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, no cumplen la obligación que tienen, según el artículo 91 de nuestro Código Civil, de enviar al Jefe Civil de Parroquia o Municipio correspondiente, copia certificada de las actas de los matrimonios que celebran. Con ello rompen el primer eslabón de la cadena de inserciones y certificaciones del acta matrimonial e impiden que se logre el objetivo del legislador al establecer el sistema de registro de tales actas, que no es otro que facilitar la prueba del matrimonio mediante el medio más sencillo, que es la copia certificada del acta matrimonial.

3. *Matrimonio en artículo de muerte*

Es aquel que se celebra cuando media la circunstancia de que uno o ambos contrayentes se encuentran en peligro inmediato o inminente de morir. Por tal circunstancia, precisamente, el legislador en esta especie de matrimonio, exime a los contrayentes del cumplimiento de las formalidades previas y simplifica las de la celebración.

Con el objeto de evitar fraude a la ley, para que se pueda celebrar el matrimonio en la forma pautada por ella para el matrimonio en artículo de muerte, es menester que el peligro próximo de muerte de uno o ambos contrayentes, sea certificado por un médico, y por escrito. Sólo cuando es imposible lograr tal certificado con la premura que el caso requiera, puede

sustituirse por otra dada por dos personas mayores de edad, quienes harán constar que, a su juicio, uno o ambos contrayentes, están en peligro de muerte inmediata (ver artículo 102 C.C.).

A. *Funcionarios autorizados para celebrarlo.* Además de los funcionarios competentes para celebrar el matrimonio ordinario, pueden celebrar matrimonio en artículo de muerte los Jefes de Cuerpos militares en campaña, cuando se trate de matrimonio de personas sometidas a su mando, y los Comandantes de buques de guerra y Capitanes de buques mercantes cuando el acto se celebre a bordo de sus embarcaciones (artículo 101 C.C.).

B. *Lugar de la celebración.* Es el lugar donde se hallaren las personas que desean contraer matrimonio, estando una de ellas o ambas en peligro inminente de muerte. Los funcionarios autorizados por la ley para celebrar el matrimonio, están obligados a concurrir, sin demora alguna a tal lugar (artículo 97 C.C.).

C. *Oportunidad de la celebración.* Será el momento en que un hombre y una mujer, estando uno de ellos o ambos en peligro próximo de muerte, decidan contraer matrimonio en tales circunstancias.

D. *Personas que deben estar presentes.* El funcionario, su secretario o uno que nombre para el caso, los contrayentes y dos testigos mayores de edad que pueden ser parientes en cualquier grado de los contrayentes.

E. *Formalidades del acto.* Son más sencillas que en el matrimonio ordinario. El legislador las ha simplificado, precisamente, por la premura que exige el peligro inmediato de morir en que se encuentra uno o ambos contrayentes.

   Presentes el funcionario (quien deberá concurrir sin demora al lugar donde se encuentren los contrayentes), su secretario o el que nombre para el caso, los contrayentes y los testigos, se procederá a la celebración. Si la urgencia del caso lo impusiere, podrá prescindirse de la lectura de la Sección que trata de los deberes y derechos de los cónyuges. El matrimonio se reducirá, en las formalidades de su celebración, a la manifestación de los contrayentes de tomarse por marido y mujer y a la manifestación del funcionario declarándolos unidos en matrimonio en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F. *Contenido del acta de matrimonio en artículo de muerte.* Además de las menciones que debe contener el acta de matrimonio ordinario, la del matrimonio en artículo de muerte debe incluir otras: lugar, fecha y hora en que se efectuó el matrimonio, las circunstancias del artículo de

muerte, mención de haberse producido la certificación comprobatoria de tal circunstancia y apreciación de los testigos de parecer hallarse en estado de lucidez mental él o los contrayentes impedidos (art. 96, primer aparte).

El acta será firmada por el funcionario, los contrayentes, el secretario y los testigos. Si fuere posible, otra persona mayor de edad, que no sea de los testigos del acta, firmará a ruego del contrayente que no supiere o no pudiere hacerlo.

Registro del acta matrimonial. El registro del acta matrimonial, en caso de matrimonio en artículo de muerte, se verifica de igual forma al registro del acta de matrimonio ordinario.

4. *Matrimonio en artículo de muerte, sin la presencia de funcionario competente ni de persona investida de autoridad*

En caso de matrimonio en artículo de muerte, si no fuere fácil e inmediata la concurrencia de algunos de los funcionarios competentes para celebrar el matrimonio, éste podrá celebrarse en presencia de tres personas mayores de edad, que no estén unidos a ninguno de los contrayentes por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, ni de afinidad dentro del segundo y siempre que uno de ellos, al menos, sepa leer y escribir.

Las tres personas que presencian el acto actúan como testigos. Una de ellas preside el acto y recibe la declaración de los contrayentes de tomarse como marido y mujer. Esta persona, la que ha presidido el acto, levantará el acta matrimonial en papel común y la enviará a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio del lugar para que la inserte y certifique en los Libros de Matrimonios.

Antes de insertarla, por sí o por medio de un Juez comisionado, la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio interrogará a las personas que figuren en dicha acta y a quienes hubieren certificado el peligro inmediato de muerte de uno o ambos contrayentes, acerca de todas las circunstancias del matrimonio y del estado de los contrayentes, a fin de cerciorarse de si se han cumplido los extremos de ley.

Si la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio encuentra que se han cumplido los extremos de ley, insertará el acta en los Libros correspondientes certificada por él y por el secretario y la enviará, para su inserción, al Presidente del Concejo Municipal. Si encontrare que se han cometido irregularidades sustanciales, insertará siempre el acta, pero pasará copia de todo lo actuado al Síndico Procurador Municipal, a los efectos legales consiguientes: Estos efectos legales consiguientes son el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio para el caso de que dicha acción pueda ser propuesta por tal funcionario.

Éste es el único caso en el cual, conforme a nuestra legislación vigente, puede celebrarse el matrimonio sin la presencia de funcionario autorizado, ni de persona investida de autoridad. Es una excepción.

IV. Matrimonio de venezolano en país extranjero

Si un venezolano desea contraer matrimonio en país extranjero, debe hacerlo ante un funcionario competente para celebrar el matrimonio conforme al ordenamiento jurídico de tal país y con las formalidades previstas en el mismo. El matrimonio celebrado así produce en Venezuela los mismos efectos que el celebrado en nuestro país, conforme a las leyes vigentes. Respecto a la forma, se aplica la regla *locus regit actum*. El artículo 41 del Código de Derecho Internacional Privado que desde que fue ratificado en 1932, es derecho positivo en Venezuela, establece:

> «Se tendrá en todas partes como válido en cuanto a la forma, el matrimonio celebrado en la que establezcan como eficaz las leyes del país donde se efectúe».

Para establecer la capacidad matrimonial del venezolano que va a contraer matrimonio en el extranjero, se aplica su ley nacional, la ley venezolana (art. 9 C.C.), de suerte que dicha persona sólo puede casarse en el exterior si de acuerdo a la ley venezolana, es apta para contraer matrimonio y si no existe ningún impedimento dirimente de los consagrados en nuestra legislación. Si la legislación del país donde desea contraerse el vínculo conyugal establece impedimentos dirimentes diferentes a los previstos en nuestro Código Civil y normas de capacidad matrimonial con carácter de reglas de orden público internacional, el venezolano que aspire a contraer matrimonio en tal país, deberá cumplir tales disposiciones: ser apto para casarse de acuerdo a la ley venezolana y a la ley del lugar de la celebración y, además, no deberá existir impedimento dirimente, ni en la ley venezolana, ni en la del país de la celebración, que obste al perfeccionamiento del vínculo matrimonial.

Según el artículo 103 del Código Civil, cuando un venezolano se casa en el exterior, deberá enviar, dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio, copia legalizada del acta matrimonial a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio de su último domicilio en el país, a los fines de su inserción en los Libros de Matrimonios que lleva dicho funcionario. Luego se cumplirán las inserciones y certificaciones idénticas a las establecidas en los artículos 91 y 92 del Código Civil en relación al acta de los matrimonios celebrados en el país.

Es conveniente aclarar que la omisión de la remisión del acta legalizada del matrimonio celebrado en país extranjero, a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio del último domicilio en Venezuela del venezolano que ha contraído matrimonio en el exterior, no afecta, en forma alguna, la validez de dicho matrimonio. Tal remisión y registro del acta de matrimonio celebrado fuera del país, tiene como finalidad facilitar la prueba del vínculo conyugal en Venezuela.

V. Matrimonio de extranjeros en Venezuela

En relación con el matrimonio de extranjero en Venezuela, debemos tener presente lo siguiente:

a) Los requisitos de forma para la celebración, tanto las formalidades previas como la celebración misma, se rigen por la ley venezolana. Se aplica la regla *locus regit actum.*

En efecto, tal como establece el artículo 108 del Código Civil, el extranjero no puede contraer válidamente matrimonio en Venezuela sino ante el competente funcionario venezolano o ante las personas a que se refiere el artículo 98 y llenando todas las formalidades pautadas por la ley venezolana, sin que puedan exigírsele otras especiales, salvo la de presentar pruebas fehacientes de que es soltero, viudo o divorciado y hábil para contraer matrimonio según su ley nacional; o, por lo menos, un justificativo, evacuado judicialmente, en el cual tres testigos, cuando menos, mayores de edad y que den razón fundada y circunstanciada de sus dichos, declaren bajo juramento, afirmando la expresada capacidad.

Si el extranjero va a contraer segundo o ulterior matrimonio en Venezuela, la prueba del divorcio o de la anulación del matrimonio anterior, tiene que hacerse mediante la copia certificada de la sentencia definitiva y firme que declaró el divorcio o la nulidad del matrimonio. Si la sentencia fue dictada por autoridad judicial competente en país extranjero, tal sentencia, para producir efectos en Venezuela, tiene que haber recibido el pase o *exequatur.*

b) La capacidad matrimonial del extranjero que va a contraer matrimonio en Venezuela, se rige por su ley nacional. Esta afirmación se impone por argumento a contrario del artículo 9 del Código Civil y por lo dispuesto expresamente en el artículo 108 *eiusdem,* al que hace poco hemos hecho referencia.

Es necesario tener presente que, aunque lo autoricen las leyes personales de ambos contrayentes (para el caso de que ambos contrayentes sean extranjeros y de distinta nacionalidad), o la ley nacional del extranjero que va a casarse en Venezuela, en este país no puede celebrarse ningún matrimonio con transgresión de los impedimentos matrimoniales

dirimentes establecidos en nuestro Código Civil. Así lo dispone el artículo 104 del preindicado instrumento legal. La razón es sencilla. Las disposiciones legales que establecen los impedimentos dirimentes persiguen, como fin exclusivo, salvaguardar el orden público y las buenas costumbres. Si existe colisión entre el interés del o de los contrayentes extranjeros y el interés público o general de la sociedad local, es éste el que debe predominar y aquél el que debe ceder.

Por otra parte, en Venezuela no se reconocen los impedimentos matrimoniales previstos en la ley nacional del extranjero que pretende casarse en Venezuela, cuando tales impedimentos se fundaren en diferencias de raza, rango o religión (ver artículo 105 del Código Civil).

Cuando un matrimonio extranjero (un hombre y una mujer de nacionalidad diferente a la venezolana que hubieren contraído matrimonio en país extranjero) se residencia en Venezuela, los esposos deben presentar, dentro del primer año de su llegada al país, copia legalizada del acta de su matrimonio a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio respectivo, para su inserción en los Libros de Registro (artículo 109 C.C.).

Esta disposición, contenida en el artículo 109 del Código Civil, se endereza a facilitar a las parejas extranjeras que hubieren celebrado matrimonio en país extranjero y luego vengan a residenciarse en Venezuela, la prueba de su matrimonio con el objeto de deducir sus efectos civiles.

El incumplimiento, por parte del matrimonio extranjero, del deber de entregar, dentro del primer año de su llegada al país, la copia legalizada del acta de su matrimonio, a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio respectivo, no afecta la validez del matrimonio. Sólo dificulta su prueba. La jurisprudencia nacional es conforme en tal sentido.

VI. Prueba de la celebración del matrimonio

Antes de entrar a estudiar los medios a través de los cuales puede comprobarse la celebración del matrimonio de conformidad con nuestra legislación, es conveniente aclarar que nuestro Código Civil regula los medios de prueba del matrimonio celebrado en Venezuela. La prueba del matrimonio que se contrae en el extranjero debe hacerse con arreglo a la ley del país donde se efectuó.

Además, se trata de la prueba de la celebración del matrimonio con el objeto de deducir sus efectos civiles. Tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 113 del Código Civil, de suerte que si se desea comprobar el matrimonio para demostrar el cumplimiento de una

condición a la cual se hubiese sometido un contrato, por ejemplo, la prueba del matrimonio puede hacerse por cualquier medio previsto en el Código Civil.

La prueba de la celebración del matrimonio está regulada en nuestro país por las disposiciones contenidas en los artículos 113 a 116 de nuestro Código Civil en concordancia con el artículo 458 *eiusdem.*

En esta materia, nuestro legislador no admite la libertad de pruebas. En efecto, no puede comprobarse la celebración del matrimonio en Venezuela por cualquier medio de prueba, sino en las formas y por los medios rigurosamente establecidos por la ley.

1. *Formas de comprobar la celebración del matrimonio en la legislación venezolana*

A. *Copia certificada del acta matrimonial.* Conforme al artículo 113 de nuestro Código Civil,

> «Nadie puede reclamar los efectos civiles del matrimonio si no presenta copia certificada del acta de su celebración, excepto en los casos previstos en los artículos 211 y 458».

En relación a esta disposición es menester, ante todo, observar lo siguiente: El art. 113 del Código del 42 era idéntico al 113 del vigente, pero el art. 211 de aquél se refería a la prueba del matrimonio de los padres como elemento de la filiación legítima. En efecto, conforme al mencionado artículo,

> «...si existen hijos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y han fallecido ambos o están en la imposibilidad de manifestar su voluntad, la legitimidad de los hijos no podrá impugnarse por la sola causa de que falte la prueba de la celebración del matrimonio, siempre que la legitimidad esté probada por una posesión de estado que no se halle contradicha por el acta de nacimiento, si ésta se produce».

El artículo 211 del Código vigente no se relaciona con la comprobación del matrimonio. Sin embargo, por inadvertencia del legislador, se mantiene en el artículo 113 C.C., la referencia al 211, que nada tiene que ver con los medios de prueba del matrimonio.

Como estudiaremos más adelante, en los artículos 115 y 116 del Código Civil se prevén casos en los cuales se puede comprobar el matrimonio por medios diferentes a la copia certificada del acta de su celebración, de modo que la disposición comentada, artículo 113 del Código Civil, debe interpretarse en el sentido de que la copia certificada del acta de matrimonio es la prueba principal de su celebración y que los casos en que puede hacerse tal demostración por otros medios, constituyen excepciones legales. En otros términos, la regla general es que no puede comprobarse la celebración del matrimonio sino mediante la copia certificada del acta

matrimonial; la excepción es que pueda recurrirse a otros medios de prueba para demostrarla.

La copia certificada del acta matrimonial es, ciertamente, el medio de prueba más sencillo y más corrientemente empleado, para demostrar la celebración del matrimonio. Por una parte, porque, salvo los casos de excepción previstos por nuestro legislador, la prueba del matrimonio no puede hacerse sino mediante tal copia certificada. Además, este medio de prueba tiene una serie de ventajas derivadas de su naturaleza y de su facilidad de obtención. En efecto, la copia certificada del acta matrimonial es una prueba *preconstituida* y *auténtica* del matrimonio y, además, el sistema de registro del acta de matrimonio previsto en nuestro Código Civil, es tan completo que, de observarse en la práctica, resulta fácil la obtención de tal copia certificada.

La prueba de matrimonios celebrados antes del primero de enero de 1873, se hará mediante la copia certificada del Registro Parroquial correspondiente, que no podrá ser expedida sino por el Juez de Parroquia o Municipio (art. 463 C.C.).

Puede ocurrir que el acta matrimonial esté afectada de nulidad por defectos de forma (por indeterminación de alguno de los contrayentes o de ambos, por indeterminación del funcionario o autoridad que celebró el acto o de alguno de los tres testigos necesarios para la celebración del matrimonio en artículo de muerte excepcional, falta de constancia del consentimiento matrimonial de las partes, falta de firma del funcionario que celebró el matrimonio o del testigo que presidió el acto en caso de matrimonio en artículo de muerte excepcional). Si tal es el caso, pero concurre la circunstancia de que existe la posesión de estado de cónyuges entre las personas que pretenden comprobar el matrimonio, no puede invocarse la nulidad del acta matrimonial por irregularidades de forma. Así lo dispone el artículo 114 del Código Civil, lo que significa que la copia certificada del acta matrimonial viciada de nulidad por irregularidades de forma, aunada a la posesión de estado conyugal, constituye plena prueba de la celebración del matrimonio. La posesión de estado conyugal resulta de una serie de circunstancias de hecho en las cuales un hombre y una mujer se comportan como marido y mujer: gozan del título y de los derechos inherentes al estado conyugal y también soportan los deberes relativos al mismo.

B. *Sentencia penal*. Es posible que la prueba del matrimonio resulte de una sentencia penal. Las cuestiones relativas al matrimonio y a su prueba se debaten ante Jueces Civiles. Pero es posible que se haya suprimido o

destruido un acta matrimonial en el Registro Civil y esa acción está tipificada como delito en nuestro Código Penal (art. 325 C.P.). Si se produce la comisión de tal delito, los cónyuges pueden recurrir a los Tribunales penales e iniciar juicio para que se averigüe y castigue al delincuente. Si en el juicio penal resulta demostrada la celebración del matrimonio junto con la perpetración del delito, la inscripción en el Registro Civil de la sentencia penal ejecutoriada que declare probado el matrimonio, tiene la misma fuerza probatoria que el acta civil que dejó de asentarse o que se destruyó (art. 116 C.C.).

Es necesario dejar bien claro que, para que se pueda probar la celebración del matrimonio en esta forma, es menester que el juicio penal verse sobre la destrucción o supresión del acta matrimonial por un hecho delictivo, puesto que el supuesto de la prueba del matrimonio por sentencia penal, es que la prueba legal del matrimonio sea el objeto del juicio y no puede concebirse delito respecto de tal asunto si no ha tenido como resultado la supresión o destrucción del acta matrimonial.

C. *Todo medio de prueba* (En juicio). El legislador venezolano permite el empleo de todo medio de prueba para comprobar en juicio la celebración del matrimonio, en dos casos.

1) *En caso de pérdida, destrucción o ilegibilidad de los registros del estado civil* donde estaba inserta el acta del matrimonio que se desea comprobar (art. 458 C.C.). La demostración del matrimonio en tal caso sólo puede hacerse judicialmente; es decir, mediante juicio similar al de rectificación de partida del estado civil, durante el cual se puede comprobar la celebración del matrimonio por todos los medios de prueba admitidos por la ley. En consecuencia, lo que constituye prueba de la celebración del matrimonio es la sentencia definitiva y ejecutoriada que declare con lugar la acción.

Para que la sentencia definitiva que ponga fin a tal juicio sea favorable y declare con lugar la acción, es necesario que la parte actora compruebe la pérdida, destrucción o ilegibilidad de los asientos donde debió ser insertada el acta matrimonial correspondiente, la posesión de estado conyugal entre el hombre y la mujer cuyo matrimonio se pretende probar y la celebración del matrimonio que se alega.

Ejecutoriada la sentencia, debe remitirse copia certificada de ella al funcionario del Registro del estado civil, con el objeto de su inserción en los libros correspondientes y para que envíe copia de la sentencia a los demás funcionarios que, de acuerdo con la ley, deben registrar tal prueba del matrimonio.

2) *En caso de que haya indicios de que por dolo o culpa del funcionario respectivo, no se ha inscrito el acta del matrimonio en el registro destinado a ese objeto* (art. 115 C.C.). También en este caso es posible comprobar judicialmente, con todo medio de prueba, la celebración del matrimonio. Cuando haya indicios de que por dolo o culpa del funcionario respectivo no se ha inscrito el acta matrimonial en el Registro destinado a ese objeto, los cónyuges pueden iniciar un juicio similar al previsto por el artículo 458 del Código Civil, para casos de destrucción, pérdida o ilegibilidad del acta matrimonial correspondiente, y pedir que se declare la existencia del matrimonio.

La prueba de la celebración del matrimonio será en este caso, como en el anterior, la sentencia definitiva y ejecutoriada que declare con lugar la acción. Y para que la sentencia sea favorable al pedimento de la parte actora, es menester que ésta evidencie: a) Prueba auténtica de la fijación del cartel esponsalicio, salvo que se trate de que el matrimonio cuya celebración se desea comprobar, se haya realizado para regularizar una unión concubinaria o en artículo de muerte. b) Indicios de que el funcionario que debió insertar el acta matrimonial no lo hizo por dolo, imprudencia o negligencia. c) La indubitable posesión de estado conyugal por parte de las personas que desean probar su matrimonio. d) La celebración del matrimonio.

La copia certificada de la sentencia definitiva y ejecutoriada que declare la existencia del matrimonio, debe remitirse al funcionario del Registro del estado civil, para que proceda a su inserción en los libros correspondientes, y para que envíe copia de aquélla a los demás funcionarios que deben registrar tal sentencia, como prueba de la celebración del matrimonio.

D. *Prueba de la celebración del matrimonio que resulta de la copia certificada de las actas de registro civil diferentes al acta de la celebración del matrimonio que se desea comprobar*

De conformidad con lo que establece el artículo 457 del Código Civil, las actas de registro civil tienen carácter auténtico en relación con los actos que ocurrieron en presencia del funcionario. Las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario.

Ahora bien, *en las actas de matrimonio de hijos matrimoniales* se debe expresar el nombre de la madre y del padre de cada uno de los contrayentes (art. 89 C.C.), *en las actas de nacimiento de los hijos nacidos de matrimonio* se debe enunciar el nombre, el apellido, la cédula de identidad, profesión y

domicilio del padre y de la madre (art. 467 C.C.), y *en las actas de defunción* se debe expresar, entre otras cosas, el nombre y apellido del cónyuge sobreviviente o del cónyuge premuerto del difunto (art. 477 C.C.).

De la copia certificada de cualquiera de estas actas del estado civil puede resultar demostrada la celebración de un matrimonio, salvo prueba en contrario.

Capítulo IX

NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO. CAUSAS QUE LA PRODUCEN. SUS EFECTOS. MATRIMONIO NULO Y ANULABLE. MATRIMONIO PUTATIVO. SUS EFECTOS EN CUANTO A LOS CÓNYUGES Y A LOS HIJOS.

I. Nulidad del matrimonio

La nulidad del matrimonio es *una sanción civil* represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de ciertas disposiciones legales y cuyo efecto, por regla general, es hacer desaparecer el matrimonio de la vida jurídica, como si nunca se hubiese celebrado.

La nulidad del matrimonio es *una sanción civil,* porque la desaparición del matrimonio de la vida jurídica como si jamás se hubiera celebrado, que es su efecto por regla general, constituye, evidentemente, un castigo para los cónyuges que celebraron tal matrimonio.

Es una sanción represiva, porque ella se aplica cuando el matrimonio irregular se ha celebrado. En esto se distingue de la oposición al matrimonio, que es una sanción preventiva y enderezada a evitar la celebración del matrimonio. La nulidad del matrimonio, en cambio, sólo cabe cuando la oposición ha fracasado y se ha celebrado el matrimonio irregular.

Es una sanción represiva excepcional, porque no toda irregularidad del matrimonio determina su nulidad. En efecto, si bien siempre que se pretenda celebrar un matrimonio con transgresión de alguna disposición legal matrimonial cabe la oposición, no toda irregularidad del acto acarrea como consecuencia su nulidad. Esta última es una sanción excepcional, precisamente por esa razón. La nulidad del matrimonio es una sanción que sólo se aplica a aquellos casos en que la violación de requisitos de fondo o de forma establecidos por la ley para la celebración del acto, es muy grave.

La nulidad del matrimonio es siempre consecuencia de la violación de ciertas disposiciones legales, de allí que la causa de nulidad existe para el momento de la celebración.

El efecto de la nulidad del matrimonio, por regla general, es hacer desaparecer el matrimonio de la vida jurídica como si nunca se hubiera celebrado. La excepción a esta regla general es el matrimonio putativo.

En efecto, cuando el matrimonio declarado nulo vale como putativo, tal matrimonio se tiene como válido en el lapso comprendido entre la fecha de su celebración y la de la sentencia definitiva y firme que declare su nulidad.

1. *Principios generales aplicables en materia de nulidad del matrimonio*

a) La nulidad del matrimonio debe ser declarada judicialmente, vale decir, por sentencia definitiva y firme emanada del Juez competente. Por grave que sea la irregularidad del matrimonio que ha determinado su nulidad, esta nulidad debe ser declarada judicialmente. No hay nulidad de pleno derecho.

b) La declaración judicial de nulidad del matrimonio es necesaria siempre que haya habido alguna apariencia de matrimonio, ya que siempre que esto ocurra, habrá acta matrimonial y apariencia de acto, que se hacen desaparecer mediante, precisamente, la declaración judicial correspondiente.

c) Mientras no haya sido declarada judicialmente su nulidad, el matrimonio irregular produce efectos jurídicos. Pero, cuando se produce tal declaración, ella, por regla general, produce efectos desde la celebración de dicho matrimonio, para borrarlo de la vida jurídica.

d) La nulidad del matrimonio declarada judicialmente produce iguales efectos, bien que se trate de nulidad absoluta o relativa. Tales efectos son: *Por regla general,* la nulidad del matrimonio declarada judicialmente determina la eliminación del matrimonio de la vida jurídica como si jamás se hubiere celebrado. *Excepcionalmente,* cuando el matrimonio declarado nulo vale como putativo, la declaración judicial de nulidad del matrimonio no produce su efecto general, sino que se considera tal matrimonio como válido, entre las fechas de su celebración y de la sentencia que declare su nulidad.

2. *Clases de nulidad del matrimonio*

Se distinguen dos especies de nulidad del matrimonio: nulidad absoluta o nulidad propiamente dicha y nulidad relativa o anulabilidad.

A. *Criterio de distinción*. En materia de nulidad del matrimonio es imposible aplicar, para distinguir la nulidad absoluta de la relativa, la teoría general de las nulidades del negocio jurídico. Tal imposibilidad deriva de la circunstancia de que todas las normas legales relativas a los requisitos de fondo y de forma para la celebración del matrimonio son de orden público, porque están orientadas a salvaguardar el orden

general y el criterio diferencial entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa del negocio jurídico, se establece con base en la existencia de normas de orden público, cuya transgresión determina la nulidad absoluta y de normas legales que no son de orden público, las establecidas por el legislador para proteger específicamente el interés de una de las partes o ambas, cuya violación produce la nulidad relativa del negocio en cuestión.

Inaplicable como es, en materia de nulidad del matrimonio, el criterio diferencial de la teoría general de las nulidades del negocio jurídico, es preciso lograr un criterio que nos permita distinguir la nulidad absoluta de la nulidad relativa del matrimonio. Al efecto se han propuesto muchas opiniones, entre otras, las siguientes:

a) La diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa del matrimonio, está en que el vínculo afectado de nulidad absoluta no puede convalidarse, en tanto que el viciado de nulidad relativa, sí. Convalidar es dar validez a un acto que nació viciado de nulidad, hacerlo válido mediante acciones u omisiones posteriores a su celebración.

Aunque es cierto que el matrimonio viciado de nulidad absoluta no puede convalidarse, porque su irregularidad es muy grave, ya que deriva de la violación de una disposición legal establecida con el propósito exclusivo de salvaguardar el orden público, no siempre el matrimonio afectado de nulidad relativa es convalidable. Existe un caso en nuestra legislación, de matrimonio viciado de nulidad relativa y que no se puede convalidar. Es el caso del matrimonio de incapaz en razón de la potencia sexual. Este matrimonio, que es anulable, no puede convalidarse porque su convalidación expresa no está prevista en la ley y su convalidación tácita –la convalidación consecuencia de la falta de ejercicio de la acción de nulidad en el lapso previsto en la ley– tampoco es posible en virtud de que la acción de nulidad, en este caso, no está sometida a plazo de caducidad, por lo que puede ejercerse siempre.

b) *Otro criterio:* Lo que distingue al matrimonio viciado de nulidad absoluta del afectado de nulidad relativa, es que en el primer caso, la acción de nulidad puede ser ejercida no sólo por los cónyuges, sino también por los ascendientes de ellos, por el Síndico Procurador Municipal, por el correspondiente prelado, por cualquier tercero que tenga interés legítimo y actual; en cambio, en caso de matrimonio afectado de nulidad relativa, la acción de nulidad correspondiente sólo puede ser propuesta por la persona o personas expresa y taxativamente señaladas por la ley.

En nuestra legislación existen casos en los que, tratándose de matrimonio viciado de nulidad relativa, la acción puede ser ejercida por

las mismas personas que pueden invocar la nulidad absoluta del matrimonio (matrimonio celebrado por funcionario incompetente por razón del territorio, matrimonio de incapaz en razón de la edad, matrimonio celebrado con defecto de testigos).

c) También se ha propuesto el criterio que señala que la diferencia entre el matrimonio viciado de nulidad absoluta y el afectado de nulidad relativa, está en que la acción de la nulidad absoluta puede ejercerse siempre, porque no está sujeta a plazo de caducidad, en tanto que la acción de nulidad relativa caduca cuando no se ejerce en el plazo previsto a tal efecto por el legislador.

Debe apuntarse que, conforme a nuestra legislación, la acción de nulidad relativa del matrimonio contraído por incapaz en razón de impotencia manifiesta, permanente y anterior al matrimonio, no está sometida a plazo de caducidad.

d) Francisco López Herrera, destacado profesor de Derecho de Familia, establece su criterio propio para distinguir entre la nulidad absoluta y relativa del matrimonio. Por considerar que es el que mejor se adecua a nuestra legislación, lo vamos a acoger para estudiar y distinguir cada uno de los casos de nulidad absoluta y relativa.

> «Calificaremos como *absoluta* toda nulidad del matrimonio, cuando la acción respectiva tenga el doble carácter de poder ser ejercida por todo interesado y de no estar sometida a plazo de caducidad; calificaremos, por el contrario, como relativa, toda nulidad del matrimonio, cuando la acción correspondiente no posea las dos características anotadas (ya se trate de que la acción sólo sea ejercitable por determinadas personas o de que siendo ejercitable por cualquier interesado, esté, no obstante, sujeta a término de caducidad)».[27]

3. *Nulidad absoluta del matrimonio*

La nulidad absoluta del matrimonio es una especie de nulidad. En consecuencia, puede definirse como la sanción civil, represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de una disposición establecida por el legislador, con la finalidad exclusiva de proteger el orden público y cuyo efecto es, por regla general, eliminar el matrimonio de la vida jurídica y considerarlo como no celebrado.

---

[27] Francisco López Herrera, *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, pág. 320.

A. *Caracteres de la nulidad absoluta*

a) *El matrimonio viciado de nulidad absoluta no se puede convalidar.* Esto significa que *no* puede hacérsele válido, mediante acciones u omisiones dirigidas a ese fin, realizadas con posterioridad a su celebración. El matrimonio que nace viciado de nulidad absoluta no puede adquirir validez posteriormente. Como quiera que en su celebración se violó una disposición consagrada por la ley con el fin único de proteger el orden público, no puede aceptarse que acciones u omisiones posteriores le confieran validez.

b) *La acción de nulidad absoluta es perpetua* porque no hay límite de tiempo para ejercerla. No está sometida a plazo de caducidad por lo que puede interponerse siempre. Este carácter es una consecuencia lógica del anterior. En efecto, si la acción de nulidad absoluta estuviera sometida a plazo de caducidad, la omisión de su ejercicio en tal plazo produciría una convalidación tácita del matrimonio.

c) *La acción de nulidad absoluta del matrimonio no corresponde sólo a los cónyuges, sino también a otras personas vinculadas a ellos y a cualquiera que tenga interés legítimo y actual.* Puesto que la ley no excluye ninguna especie de interés, cuando establece que «todos los que tengan interés actual» pueden ejercer la acción de nulidad en algunos casos, y sólo exige que el interés sea «actual», puede interponer la acción en cuestión toda persona que tenga interés actual, lo mismo personal o moral que económico o patrimonial, en la declaración de nulidad del matrimonio.

De acuerdo con nuestro Código Civil vigente, pueden demandar judicialmente la nulidad absoluta del matrimonio, las siguientes personas:

a*) Los cónyuges. En dos casos sólo corresponde a uno solo de ellos: Cuando el matrimonio se celebró con transgresión del impedimento de vínculo anterior o del de orden. En el primer caso, sólo el cónyuge inocente y no el bígamo puede demandar la nulidad del vínculo; en el segundo, sólo la esposa puede interponer la acción (art. 122 Código Civil).

b*) El cónyuge de algunos de los esposos en el caso de matrimonio celebrado con violación del impedimento de vínculo anterior (art. 122 C.C.).

c*) Los ascendientes de los cónyuges (arts. 117 y 122 C.C.).

d*) El correspondiente prelado a cuya autoridad esté sometido, en el fuero externo, el ministro de culto que contrajo matrimonio a pesar de prohibírselo su propia religión (artículo 122 C.C.).

e*) El Síndico Procurador Municipal (arts. 117, 122 y 123 C.C.). Es necesario advertir que, según lo dispuesto por el artículo 124 del Código Civil, las acciones de nulidad no pueden promoverse por el Síndico Procurador Municipal después de la muerte de alguno de los cónyuges. Debe entenderse después de disuelto el matrimonio, por divorcio o por muerte de alguno de los cónyuges. La disposición se refiere sólo al caso de muerte de uno de los cónyuges, porque es norma legal en Venezuela desde antes de que nuestra legislación admitiera el divorcio como causa de disolución del matrimonio y, ni en el Código de 1904, ni en los posteriores, se ha hecho la modificación correspondiente. Pero debe entenderse como una inadvertencia, puesto que la razón de que el Síndico Procurador no pueda promover la acción de nulidad después de la muerte de uno de los cónyuges, la encontramos en que la violación cometida por los contrayentes deja de alterar el orden público, porque el matrimonio se ha disuelto y esta misma razón existe cuando se extingue el vínculo por divorcio.

f*) Toda persona que tenga interés legítimo y actual en la declaración judicial de nulidad del matrimonio. El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil dispone:

> «Para proponer la demanda el actor debe tener *interés jurídico actual.* Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente». (El destacado es nuestro).

Interés actual es el existente para el momento en que se introduce la demanda.

Se discute en doctrina si el interés actual ha de ser económico o pecuniario o si puede demandar también la nulidad del matrimonio quien tenga interés actual y moral en que se declare judicialmente.

Sanojo, en su obra *Instituciones de Derecho Civil,* sostiene:

> «En muchos casos pueden pedir la nulidad del matrimonio los que tienen interés actual en la anulación y es menester decir que este interés debe ser material o pecuniario, como generalmente se dice». [28]

[28] Luis Sanojo, *Instituciones de Derecho Civil,* pág. 168.

Dominici, compartiendo el criterio de Sanojo, sostiene que siempre que la ley habla de interés actual debemos entender que se trata de un interés pecuniario. Para él, el interés actual es un interés efectivo y apreciable en dinero.[29]

Granadillo, por el contrario, opina que en esta materia del matrimonio, el interés puede ser pecuniario o moral. Puede haber interés moral actual en la declaración de nulidad del matrimonio para que se elimine de la vida jurídica un vínculo que perjudica el orden familiar.

> «Por ejemplo, si dos hermanos se casan, existe interés moral de un tercer hermano para pedir la nulidad de esa unión, puesto que es incestuosa; daña hondamente el concepto que se tenga de su familia y de su conducta ante la sociedad. Si la ley no le diera la acción basada en ese interés moral que, por lo tanto, también es actual, esa misma ley estaría apoyando la inmoralidad. De la misma manera, si un padre se casa con una hija, además de los ascendientes, pueden pedir la nulidad los descendientes y colaterales, porque todos ellos tienen un interés moral supremo de que aquella unión, que perjudica en alto grado a su familia, se disuelva para siempre».[30]

López Herrera, al respecto, afirma:

> «La doctrina venezolana se ha pronunciado en el sentido de que el interés que deben tener los terceros para demandar la nulidad del matrimonio, ha de ser de tipo económico o pecuniario. No estamos convencidos de que ese criterio sea correcto en todo caso.
>
> Pensamos que normalmente se requiere interés patrimonial para que un tercero pueda intentar la acción de nulidad del matrimonio. Así sucede cuando la demanda es propuesta por el acreedor de alguno de los esposos, si la declaración de nulidad le significa provecho económico, o quien había de ser heredero de alguno de los cónyuges en caso de que se pronunciara la nulidad; pero no siempre es así.
>
> El hijo o descendiente del primer matrimonio de un bígamo, aun suponiendo que no tuviera interés económico actual para demandar la nulidad del segundo matrimonio de su padre o madre, tiene evidentemente interés moral legítimo actual en el ejercicio de esa acción y, por lo tanto, se la debe admitir. Seguramente existen otros casos análogos».[31]

En nuestra opinión, la legislación venezolana no excluye ningún tipo de interés, ya que establece que pueden ejercer la acción de nulidad del matrimonio «todos los que tengan interés actual», por lo que debe entenderse que en todo caso en que una persona tenga interés actual, *patrimonial o moral*, en que se declare la nulidad del matrimonio, puede ejercer la acción correspondiente en los casos en que la ley reconoce su titularidad a todos los que tengan interés actual.

---

[29] Aníbal Dominici, *Comentarios al Código Civil venezolano*, pág. 203.

[30] Víctor Luis Granadillo, *Tratado elemental de Derecho Civil venezolano*, págs. 112 y 113.

[31] Francisco López Herrera, *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, pág. 321.

B. *Casos de nulidad absoluta del matrimonio*

a) *Matrimonio celebrado con falta de alguno de los elementos esenciales*

a*) Matrimonio entre personas de un mismo sexo. El matrimonio requiere la diversidad de sexos, no puede contraerse sino entre un hombre y una mujer, de modo que el matrimonio entre dos personas de un mismo sexo, queda viciado de nulidad absoluta.

Es cierto que no puede concebirse fácilmente que pueda celebrarse, siquiera sea ilegalmente, un matrimonio entre personas con identidad de sexo, si ésta es no sólo real, sino claramente perceptible y además conocida por los interesados, sobre todo si aparecen inscritos en el Registro Civil como dos hombres o como dos mujeres. Pero también es cierto que, con los problemas del pseudohermafroditismo y la transexualidad y las posibilidades de malformaciones sexuales tales en una persona que hagan imposible la determinación de su sexo, puede ocurrir que la otra parte, e incluso el propio interesado, se crea de un sexo que no le corresponda realmente y por eso cabe que se den casos de matrimonios sin diversidad de sexos.

Si, por inconcebible que parezca, lograron casarse dos personas de un mismo sexo, con o sin pleno conocimiento de ello, o si se dio el matrimonio siendo alguno de los contrayentes asexual o de sexo indeterminable, que viene siendo lo mismo, la nulidad absoluta de ese matrimonio es incuestionable, aunque el Código Civil calle.

b*) Matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. El matrimonio queda viciado de nulidad absoluta si se celebró sin consentimiento matrimonial.

Sabemos que consentimiento matrimonial es el acuerdo de voluntades entre los contrayentes de tomarse mutuamente como marido y mujer. Para reputarse existente, es menester que sea expreso, puro y simple y serio. En consecuencia, falta el consentimiento matrimonial cuando no lo hubo, o no se expresó o se le sometió a un término o a una condición, o no fue dado seriamente.

En algunas legislaciones, la española por ejemplo, se establece que la condición, término o modo del consentimiento matrimonial se tendrá por no puesta.

c*) Matrimonio sin la presencia del funcionario competente o persona investida de autoridad para celebrar el matrimonio. En nuestro país sólo existe un caso en el que puede celebrarse el matrimonio sin la

presencia de funcionario o persona investida de autoridad para presenciarlo. Es el previsto en el artículo 98 del Código Civil, cuando, estando uno o ambos contrayentes en peligro inminente de muerte, no sea fácil y rápida la concurrencia de ningún funcionario o persona investida de autoridad para presenciar el matrimonio. En tal caso puede celebrarse en la presencia de tres personas que reúnan las condiciones exigidas por la ley.

Fuera de la excepción anotada, no puede contraerse matrimonio sin la presencia de un funcionario autorizado por la ley para celebrarlo, o de una persona investida de autoridad para ello por la ley.

Queda viciado de nulidad absoluta el matrimonio celebrado sin la intervención de funcionario alguno, o con la presencia de uno incompetente en razón de la materia. También queda afectado de nulidad absoluta el matrimonio celebrado, sin que ninguno de los contrayentes se halle en peligro inmediato de morir, en presencia de tres testigos, conforme a lo previsto en el artículo 98 del Código Civil. La razón de la nulidad absoluta en este último caso es la siguiente: El matrimonio celebrado en la forma pautada por la preindicada disposición *sólo* está permitido cuando exista realmente el artículo de muerte.

b) *Matrimonio contraído con violación de un impedimento dirimente*

a*) Matrimonio contraído por una persona casada. Si una persona casada contrae nuevo matrimonio, éste está viciado de nulidad absoluta (art. 122 C.C., encabezamiento). Si se sostuviere, por cualquiera de los interesados, la invalidez del matrimonio anterior, deberá decidirse sobre la validez o invalidez de ambos matrimonios en un mismo expediente.

Si una persona cuyo cónyuge ha sido declarado ausente, o cuya ausencia se presume, contrae nuevo matrimonio, éste no puede atacarse mientras dure la ausencia (primer aparte del artículo 122 C.C.). Esto porque, mientras eso ocurra, no puede comprobarse la existencia del presunto o declarado ausente y, en consecuencia, no es posible demostrar la transgresión del impedimento de vínculo anterior.

b*) Matrimonio contraído por ministro de un culto a quien su propia religión se lo prohíbe (art. 122 C.C., segundo aparte).

c*) Matrimonio celebrado por el encausado por delito de rapto, violación o seducción, con mujer diferente a la agraviada, mientras dure el juicio criminal que se le siga y mientras no haya cumplido la pena a que se le hubiere condenado. La nulidad de este matrimonio está prevista en el artículo 117 del Código Civil.

d*) Matrimonio entre ascendientes y descendientes o entre hermanos. La nulidad en este caso la establece el artículo 117 del Código Civil.

e*) Matrimonio entre afines en línea recta (art. 117 del Código Civil).

f*) Matrimonio entre adoptante y adoptado o sus descendientes, entre el adoptante y el ex cónyuge del adoptado o entre el adoptado y el ex cónyuge del adoptante. Es conveniente recordar que este impedimento matrimonial de adopción funciona en el caso de que la adopción sea simple. Si es plena, el adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante, se establece parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes y cónyuge de aquél y, en consecuencia, los impedimentos matrimoniales originados en tal parentesco.

La nulidad del matrimonio contraído con violación del impedimento de adopción está establecida en el artículo 123 del Código Civil.

g*) Matrimonio contraído por el condenado como reo o cómplice de homicidio intentado, frustrado o ejecutado con el cónyuge del sujeto pasivo del delito. También queda afectado de nulidad absoluta el matrimonio efectuado entre tales personas durante el juicio penal.

La nulidad del matrimonio celebrado con transgresión de este impedimento está prevista en el artículo 117 del Código Civil.

C. *Matrimonio contraído con transgresión de algunas formalidades.* La transgresión de formalidades sólo determina la nulidad absoluta del matrimonio celebrado de conformidad con el artículo 98 del Código Civil. En efecto, cuando en tal forma de matrimonio no concurren los testigos en el número o con las condiciones exigidas por la ley, queda viciado de nulidad absoluta.

NULIDAD ABSOLUTA DEL MATRIMONIO (CASOS)

- Ausencia de alguno de los elementos esenciales o supuestos del matrimonio.
- Matrimonio entre personas de igual sexo.
- Matrimonio sin consentimiento matrimonial. Matrimonio sin la presencia de funcionario público competente (con la excepción consagrada en el Art. 98 CC).
- Violación de alguno de los impedimentos dirimentes. Matrimonio celebrado estando uno o ambos contrayentes unidos por vínculo anterior.

- Matrimonio de sacerdote a quien su religión le prohíba casarse. Matrimonio del encausado por delito de violación, seducción o rapto, con mujer diferente a la agraviada, mientras dure el juicio criminal que se le siga y mientras no haya cumplido la pena a que hubiere sido condenado.
- Matrimonio entre ascendiente y descendiente o entre hermanos.
- Matrimonio entre afines en línea recta.
- Matrimonio entre adoptante y adoptado o sus descendientes, entre adoptante y el ex cónyuge del adoptado o entre el adoptado y el ex cónyuge del adoptante. En caso de adopción simple.
- Matrimonio del condenado como reo o cómplice del homicidio intentado, frustrado o ejecutado con el cónyuge del sujeto pasivo del delito. También queda afectado de nulidad absoluta el matrimonio efectuado entre tales personas durante el juicio penal.
- Matrimonio contraído con transgresión de algunas formalidades.

Advertencia: La transgresión de formalidades sólo determina la nulidad absoluta del matrimonio perfeccionado de conformidad con lo dispuesto en el art. 98 CC.

4. *Nulidad relativa del matrimonio*

La nulidad relativa es la sanción civil, represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de una norma que, si bien es de orden público, como todas las que regulan los requisitos de fondo y de forma para contraer matrimonio, ha sido establecida por el legislador con el objeto de proteger especialmente los intereses de un contrayente o de ambos.

Todas las normas jurídicas que regulan los requisitos de fondo y de forma necesarios para contraer matrimonio, son de orden público, pero entre ellas es posible distinguir las que tienen por finalidad única salvaguardar el orden público, de las que, aun cuando persiguen tal objetivo, no lo hacen en forma exclusiva, sino que también se enderezan a proteger especialmente los intereses de las partes. Cuando en la celebración de un matrimonio se viola una de estas últimas, queda viciado de nulidad relativa.

A. *Caracteres*

a) *Por regla general el matrimonio viciado de nulidad relativa se puede convalidar.* Hemos dicho que el matrimonio está viciado de nulidad relativa cuando viola, en su celebración, una norma que, siendo de orden público, como todas las que regulan los requisitos de fondo y de forma necesarios

para contraer matrimonio, persigue como finalidad, además, proteger los intereses particulares de un contrayente o de ambos.

Por lo expuesto, la regla general es que el matrimonio afectado de nulidad relativa se puede convalidar. En un caso es posible la convalidación expresa. En efecto, cuando una persona raptada, durante el tiempo en que se encuentra privada de su libertad, da su consentimiento matrimonial, éste se presume arrancado por violencia, y, por tal razón, el matrimonio en cuestión queda afectado de nulidad relativa, pero se puede convalidar, en forma expresa, cuando quien prestó su consentimiento matrimonial estando raptado, lo ratifica después de ser devuelto a su plena libertad.

En los demás casos, el matrimonio nulo relativamente se convalida en forma tácita, mediante la omisión en el ejercicio de la acción de nulidad, en el lapso previsto al efecto por el legislador. Y el matrimonio del incapaz en razón de la potencia sexual, afectado de nulidad relativa, no puede convalidarse, ni expresamente, porque la ley no prevé tal posibilidad; ni tácitamente, porque la acción de nulidad para impugnar el matrimonio de quien adolece de impotencia manifiesta, permanente y anterior al matrimonio, no está sometida a plazo de caducidad en nuestra legislación, razón por la cual puede ejercerse en cualquier época.

b) *La acción de nulidad relativa está, por regla general, sometida a plazo de caducidad.* La excepción a esta regla es la acción para impugnar el matrimonio del incapaz en razón de la potencia sexual, acción que es perpetua en el sentido de que puede interponerse en cualquier época.

c) *La acción de nulidad relativa, en algunos casos, sólo puede ser ejercida por alguna de las personas taxativamente señaladas por la ley;* en otros, por cualquiera que tenga interés legítimo y actual.

B. *Casos de nulidad relativa del matrimonio.* En algunos casos, la nulidad puede ser demandada por los cónyuges, por sus ascendientes, por el Síndico Procurador Municipal y por toda persona que tenga interés actual. Ellos son:

a) *Matrimonio de incapaz por razón de la edad* (art. 117 Código Civil). El matrimonio contraído por una mujer que no haya cumplido catorce años queda viciado de nulidad relativa, a menos que haya dado a luz un hijo o se encuentre en estado de gravidez. Lo mismo ocurre con el vínculo contraído por varón que no haya cumplido dieciséis años, salvo el caso de que la mujer con la que se casó haya concebido un hijo que aquél reconoce como suyo o que ha sido declarado judicialmente como tal (artículos 46 y 62 C.C.).

La titularidad de la acción corresponde a los cónyuges, ascendientes, Síndico Procurador Municipal y a toda persona con interés actual en la declaración judicial de nulidad del matrimonio. Sin embargo, el matrimonio de incapaz en razón de la edad no puede impugnarse por el ascendiente ni por el tutor que haya dado su autorización (aparte único, artículo 120 C.C.).

La acción caduca en dos casos: 1° Cuando los contrayentes alcancen la edad requerida para contraer matrimonio sin que se haya iniciado el juicio correspondiente. 2° Cuando la mujer que no tenga la edad exigida, conciba.

El matrimonio del incapaz por razón de la edad se convalida tácitamente cuando no se ejerce la acción en su oportunidad.

b) *Matrimonio celebrado por funcionario incompetente en razón del territorio* (art. 117 C.C.). La titularidad corresponde a toda persona con interés actual.

La acción caduca si no se ejerce en un año contado a partir de la celebración del matrimonio. Éste se convalida en forma tácita cuando la acción no se ejerce oportunamente.

c) *Matrimonio celebrado sin la presencia de los testigos requeridos* (art. 117 C.C.). Sabemos que si el matrimonio es ordinario y se celebra en el despacho del funcionario competente para presenciarlo, se requieren dos testigos; si se celebra fuera, el número de testigos será de cuatro por lo menos y dos de ellos no pueden estar ligados a ninguno de los contrayentes ni por parentesco de consanguinidad, dentro del cuarto grado, ni de afinidad dentro del segundo. Si el matrimonio se celebra en artículo de muerte, se requieren dos testigos que pueden ser parientes en cualquier grado de los contrayentes.

Pues bien, si se efectúa el matrimonio sin la presencia de los testigos requeridos o si alguno de éstos no cumple las condiciones exigidas por la ley para serlo, aquél queda viciado de nulidad relativa.

Transcurrido un año, contado a partir de la celebración del matrimonio, no podrá impugnarse.

El matrimonio se convalida tácitamente por la omisión del ejercicio de la acción en el lapso previsto en la ley (un año contado a partir de la celebración del matrimonio).

En otros casos la acción de nulidad relativa sólo pueden ejercerla las personas señaladas por la ley. Éstos son:

a) *Matrimonio del incapaz en razón de la cordura* (art. 121 Código Civil). La titularidad de la acción corresponde al incapaz una vez rehabilitado, al tutor, al cónyuge sano y al Síndico Procurador Municipal.

La acción no puede ejercerse si la cohabitación entre los cónyuges continuó por un mes luego de revocada la interdicción

El matrimonio se convalida tácitamente por la omisión del ejercicio de la acción, en el plazo señalado.

b) *Matrimonio celebrado por incapaz en razón de la potencia sexual* (art. 119 del Código Civil). El matrimonio de quien adolece de impotencia manifiesta, permanente y anterior a la celebración del acto, queda viciado de nulidad relativa.

La titularidad de la acción, en este caso, corresponde exclusivamente al otro cónyuge, quien puede ejercerla en cualquier época, pues no está sometida a plazo de caducidad.

El matrimonio de incapaz en razón de la potencia sexual no se convalida ni expresa ni tácitamente. No se convalida expresamente, porque no está prevista en la ley ninguna acción mediante la cual pueda hacerse válido tal matrimonio. No convalida tácitamente, pues la acción de nulidad, en este caso, no está sometida a plazo de caducidad y, en consecuencia, puede proponerse en toda época.

Resulta difícil admitir que, después de 15, 20 ó 30 años de vida en común, pueda invocarse la impotencia como causa de nulidad del matrimonio. Sin embargo, conforme a nuestro derecho vigente, es incuestionable tal posibilidad.

c) *Matrimonio con vicios del consentimiento* (art. 118 C.C.). Cuando el consentimiento matrimonial fue dado por error en la identidad del contrayente o fue arrancado por violencia, el vínculo queda afectado de nulidad relativa.

La acción sólo puede interponerla el cónyuge cuyo consentimiento fue dado por error o fue arrancado por violencia.

En este caso el matrimonio no puede impugnarse si una vez cesada la violencia o descubierto el error, los cónyuges cohabitan durante un mes.

Puede darse la convalidación expresa. En efecto, cuando el consentimiento matrimonial lo manifiesta una persona raptada, mientras está privada de su libertad, se presupone arrancado por

violencia. Si tal consentimiento es ratificado después de haber sido devuelta la persona a su plena libertad, el matrimonio se convalida. La convalidación es expresa, porque se verifica mediante una acción (ratificación del consentimiento) dirigida a ese fin.

El matrimonio contraído con vicios del consentimiento puede convalidarse tácitamente, cuando no se ejerce la acción en el plazo previsto por el legislador.

NULIDAD RELATIVA DEL MATRIMONIO (CASOS)

Matrimonio del incapaz por razón de la edad.

Titularidad de la acción: La acción pueden intentarla los cónyuges, sus ascendientes, el Sindico Procurador Municipal y toda persona que tenga interés actual.

Caducidad: La acción caduca en dos casos:

1º Cuando los contrayentes alcancen la edad requerida para contraer matrimonio sin que se haya iniciado el juicio correspondiente.

2º Cuando la mujer que no tenga la edad exigida, conciba.

Convalidación: Tácitamente cuando no se ejerce la acción oportunamente.

Matrimonio celebrado por funcionario incompetente por razón del territorio.

Titularidad: Corresponde a las mismas personas que en el caso anterior.

Caducidad: La acción caduca si no se ejerce en un año contado a partir de la celebración del matrimonio.

Convalidación: Se produce en forma tácita cuando la acción no se ejerce oportunamente.

Matrimonio celebrado sin la presencia de los testigos exigidos.

Titularidad: Pueden intentar la acción correspondiente las mismas personas que tienen la facultad de hacerlo en los dos casos anteriores.

Caducidad: Transcurrido un año contado a partir de la celebración del matrimonio, éste no podrá impugnarse.

Convalidación: Por la omisión en el ejercicio de la acción en el lapso previsto en la ley.

Matrimonio del incapaz por razón de la cordura.

Titularidad: Corresponde al incapaz una vez rehabilitado, al tutor, al cónyuge sano y al Síndico Procurador Municipal.

Caducidad: La acción no puede ejercerse si la cohabitación entre los cónyuges continuó por un mes luego de revocada la interdicción.

Convalidación: Por la omisión en el ejercicio de la acción en el plazo señalado.

Matrimonio del incapaz por razón de la potencia sexual.

Titularidad: Corresponde exclusivamente al otro cónyuge.

Caducidad: En este caso la acción de nulidad no está sometida a lapso de caducidad.

Convalidación: En este caso el matrimonio no puede convalidarse, ni tácita ni expresamente.

Matrimonio con vicios del consentimiento

Titularidad: La acción sólo puede interponerla el cónyuge cuyo consentimiento fue dado por error en la identidad del otro contrayente, o fue arrancado por violencia.

Caducidad: La acción caduca si, cesada la violencia o descubierto el error, los cónyuges cohabitan durante un mes.

Convalidación:

Tácita. Cuando no se ejerce la acción en el lapso previsto por la ley.

Expresa. Cuando el consentimiento matrimonial lo expresa una persona raptada, se presume con presunción *iuris et de iure,* arrancado por violencia. Si tal consentimiento es ratificado después de haber sido la persona devuelta a su plena libertad, el matrimonio convalida expresamente.

5. *Matrimonio putativo*

A. *Concepto.* El matrimonio putativo es el matrimonio declarado nulo cuando concurre la circunstancia de que se reputa válido y, en consecuencia, produce efectos para el o los cónyuges de buena fe y siempre en relación con los hijos, desde su celebración hasta la fecha de la sentencia que declare su nulidad.

Análisis. Objetivamente, el matrimonio putativo es un matrimonio que ha sido declarado judicialmente nulo.

Subjetivamente, el matrimonio putativo ha sido celebrado de buena fe, por uno o ambos contrayentes. Sin embargo, es necesario aclarar que, como quiera que según el artículo 127 del Código Civil, el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los hijos, aun cuando hubiere sido contraído de mala fe por ambos cónyuges; la buena fe sirve para determinar los efectos civiles del matrimonio declarado nulo en relación con los cónyuges. *Subjetivamente,* en relación con el o los cónyuges de buena fe y en relación con los hijos, el matrimonio putativo produce efectos como si fuere válido, desde su celebración hasta la declaración de su nulidad por sentencia definitiva y firme.

Es una atenuación al rigor de los efectos de la nulidad del matrimonio. Es una excepción al efecto normal de la sentencia de nulidad.

En forma más breve puede definirse el matrimonio putativo como el matrimonio declarado nulo que es eficaz, como si fuera válido, desde su celebración hasta la declaración judicial de su nulidad.

Cuando el matrimonio es declarado nulo judicialmente, la ley, deseando proteger en general la situación creada por la apariencia de validez del matrimonio, y especialmente a los contrayentes que no hubiesen obrado de mala fe y a los hijos, establece que, declarado nulo, si se contrajo de buena fe, se mantienen sus efectos desde la celebración hasta la declaración judicial de nulidad, para el o los cónyuges que hubiesen obrado con ella y para los hijos, y si los dos obraron de mala fe, sólo para los hijos.

B. *Origen del matrimonio putativo.* El matrimonio putativo tuvo su origen en el Derecho Canónico medieval. Nació en el siglo XII para mitigar, respecto a los hijos, las rigurosas consecuencias de la nulidad del matrimonio por violación del impedimento de parentesco. Siglos más tarde se amplió la institución en dos aspectos:

a) En cuanto a los casos, porque se extendió el beneficio del matrimonio putativo a todo caso de nulidad del matrimonio, siempre que concurriera la buena fe.

b) En cuanto a sus efectos, ya que éstos, que en principio se producían sólo respecto a los hijos, posteriormente se extendieron a los cónyuges.

C. *Requisitos o presupuestos del matrimonio putativo.* Ellos son los siguientes:

a) *Matrimonio formalmente existente,* matrimonio contraído; la unión concubinaria no puede ser considerada matrimonio putativo.

b) *Matrimonio declarado nulo por sentencia definitiva y firme.* Para que pueda hablarse de matrimonio putativo es menester que el matrimonio

irregular haya sido declarado judicialmente nulo. Por eso el matrimonio putativo implica, en todo caso, una referencia al pasado. Cuando el matrimonio es declarado nulo, si vale como putativo, vale para el pasado, en el lapso comprendido entre su celebración y la declaración judicial de su nulidad.

c) *Buena fe.* Como quiera que nuestra legislación concede efectos, respecto a los hijos, al matrimonio celebrado de mala fe por ambos contrayentes, la buena fe pierde su condición de requisito autónomo del matrimonio putativo y se convierte en presupuesto subjetivo, que sirve solamente para señalar la extensión de los efectos con relación a los cónyuges.

D. *La buena fe*

a) *Concepto.* De conformidad con el concepto general de buena fe, se considera ésta, en materia matrimonial, el desconocimiento de la causa de nulidad del matrimonio. Es la ignorancia de la existencia de la causa por la cual el matrimonio es declarado posteriormente nulo.

El autor español García Cantero observa que, en la definición de buena fe anteriormente expuesta, no quedan resueltos todos los casos que puedan presentarse, pues quien se casa coaccionado por miedo grave, puede no ignorar que el vínculo que ha contraído está afectado por una causa de nulidad y, sin embargo, sería injusto negarle los beneficios del matrimonio putativo. Define la buena fe matrimonial como la falta de voluntad consciente de contraer un matrimonio nulo. Borda anota, atinadamente, que, en realidad, lo que configura la buena fe, más que el error, es la honestidad y rectitud de propósito y conducta.

Con todo, normalmente la buena fe se funda en un error, supone un error.

Para algunos autores éste puede ser de hecho o de derecho. Es de hecho cuando se desconoce la realidad (una persona se casa sin saber que aquella con quien contrae matrimonio es casada); es de derecho cuando se ignora la disposición legal cuya violación determina la nulidad del matrimonio (una mujer se casa con un hombre sabiéndolo casado, pero desconociendo la prohibición legal que impide el matrimonio a las personas unidas a uno anterior). Otros tratadistas se inclinan por negar la invocabilidad del error de derecho.

b) *Caracteres de la buena fe*

a*) La buena fe es individual. Para que un cónyuge se beneficie de los efectos del matrimonio putativo, basta con que él haya sido de

buena fe aunque el otro no lo fuere. Por esto puede ocurrir que un matrimonio declarado nulo, se repute como putativo para uno de los cónyuges y para el otro no.

b*) La buena fe es subjetiva, porque ella depende de lo que haya pensado o creído la persona. En doctrina se discute acerca de la excusabilidad del error. En opinión de algunos autores, el error no requiere ser excusable; por inverosímil que sea, si existe, puede alegarse como base de la buena fe. Piensan otros que el error debe ser más o menos excusable, que debe ponerse un límite a la admisión de la excusa del error y no puede reputarse aceptable el desconocimiento de obstáculos o impedimentos que prohíban matrimonios que repugnen a la propia naturaleza. No procede, por ejemplo, la buena fe cuando quien la alegue pretenda fundamentarla en el desconocimiento del impedimento matrimonial entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos. Para esta última posición, la cual compartimos, en el propio concepto de buena fe va implícita cierta mínima obligación de diligencia.

De todas formas, como toda cuestión de hecho, la relativa a si hubo o no error y, en consecuencia la buena fe, debe ser decidida por el Juez de Instancia, quien ha de tomar en consideración las circunstancias de edad, inteligencia, cultura de la persona que pretende ser beneficiada por los efectos del matrimonio putativo.

c*) La buena fe debe existir al tiempo de contraer el matrimonio, ya que lo que se protege es la conducta o actitud en ese momento. La buena fe debe ser *inicial*. Es *necesario y suficiente* que la buena fe exista en el momento de la celebración del matrimonio. En nada perjudica, por consiguiente, el conocimiento posterior de la causa de nulidad del matrimonio, ni favorece, en caso de mala fe inicial, la creencia posterior en la validez del matrimonio.

c) *Prueba de la buena fe*. En relación con la prueba de la buena fe matrimonial se presentan, en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales y extranjeras, dos posiciones diferentes:

— La que sostiene que la buena fe matrimonial no tiene que comprobarse.

— La que afirma que sí es necesaria su prueba.

Entre los autores que sustentan la primera de estas opiniones existe disparidad en lo atinente a su fundamentación. Así, algunos destacados juristas piensan que la buena fe se presume y por tanto no necesita probarse. En este sentido, Borda. [32]

[32] Cfr. Borda, *Derecho de Familia*, pág. 123.

En la doctrina nacional, Granadillo afirma que, como la buena fe se presupone, queda a quien demande la nulidad del matrimonio, la carga de la prueba. [33]

Otros autores sostienen, en nuestro criterio acertadamente, que la buena fe conyugal no es menester probarla, pero no porque deba presumirse ya que la presunción contenida en el art. 773 C.C. se halla consagrada en materia de posesión, que nada tiene que ver con el matrimonio, y en cambio el art. 12 C.P.C. dispone que quien alega un hecho a su favor debe probarlo; sino porque, como quiera que, generalmente, la buena fe matrimonial implica un error de hecho o de derecho, su prueba requeriría la demostración de un hecho negativo indefinido, lo que es imposible. En la doctrina venezolana tal es la posición de López Herrera.[34]

Otros tratadistas venezolanos se pronuncian por la necesidad de la prueba de la buena fe matrimonial. Ramírez, por ejemplo, comienza por establecer la razón por la cual no es aplicable en esta materia la regla de que la buena fe se presume. Tal presunción —nos dice— hállase consagrada en materia de posesión y toda presunción es de derecho estricto, por lo que no cabe en casos diferentes a los que se contrae. Luego afirma que al requerir la ley, como condición expresa del matrimonio putativo,

> «...que el acto se haya realizado de buena fe, está diciendo claramente que quien alega la buena fe como fundamento de su demanda, está obligado a probarla».[35]

En este mismo sentido, Febres Cordero.

Por lo que respecta a la jurisprudencia en esta materia, puede afirmarse que la francesa y la italiana se pronuncian por que la buena fe matrimonial ha de presumirse, en tanto que la suiza considera que es necesaria su prueba.

Refiriéndonos específicamente a la jurisprudencia nacional, consideramos interesante insertar parte de dos sentencias dictadas, la primera, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo y la segunda, por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil del D.F.

> «En la demanda de nulidad del matrimonio basada en la existencia de un matrimonio anterior no disuelto del marido, la cónyuge demandante no tiene que probar su inocencia, ésta se presume».[36]

---

[33] Cfr. Granadillo, *op. cit.*, págs. 114-117.

[34] Cfr. López Herrera, *op. cit.*, pág. 352.

[35] Cfr. Ramírez, *op. cit.*, págs. 176-177.

[36] CSJ-SCMT, Sent. del 31-10-68, J.R.G., Vol. XIX, 1968, 2° semestre, pág. 422.

> «Cuando en un juicio de nulidad de un matrimonio contraído por quien aún estaba ligado por otro anterior, no se ha comprobado la mala fe de la cónyuge de aquél, se presupone que procedió de buena fe». [37]

Y, para concluir, una brevísima referencia a nuestros textos legales, a sus fuentes probables y a su evolución.

En los Códigos Civiles de 1862, 1873, 1880, 1896 y 1904 se consagraba la presunción de la buena fe matrimonial. «La buena fe se presume si no consta lo contrario». La fuente parece haber sido el Proyecto de Código Civil para España de 1852, de Florencio García Goyena.

En el C.C. de 1916 desaparece la norma que consagraba la presunción *iuris tantum* de la buena fe conyugal. Surge entonces el problema de la prueba de la buena fe en el o los cónyuges que pretendan beneficiarse de los efectos del matrimonio putativo al desaparecer la presunción desvirtuable que hacía innecesaria su demostración.

En los Códigos Civiles de 1922 y de 1942 y en el reformado de 1982 tampoco se consagra la presunción de buena fe conyugal.

II. Efectos de la nulidad del matrimonio y del matrimonio putativo

El efecto normal de la declaración judicial de nulidad es eliminar, destruir el matrimonio como si no se hubiera celebrado jamás. *Quod nullum est, nullum effectum producit,* lo que es nulo, ningún efecto produce.

La sentencia de nulidad del matrimonio, normalmente, produce efectos desde la celebración del matrimonio para borrarlo de la vida jurídica, teniéndolo por no celebrado.

El matrimonio putativo es la excepción a los efectos normales de la sentencia de nulidad. En efecto, cuando el matrimonio declarado nulo, vale como putativo, la decisión que declare la nulidad produce efectos para el futuro, es decir, a partir de la fecha de tal sentencia y no desde la celebración del matrimonio que se reputa como válido, en el lapso comprendido entre la fecha en que se contrajo y la de la sentencia que declaró su nulidad.

1. *Efectos en relación con los cónyuges*

A. *Efectos personales.* La celebración del matrimonio crea en los esposos el estado conyugal, del cual derivan deberes y derechos. La declaración de nulidad afecta profundamente esa situación.

---

[37] DFI C1, Sent. del 14-7-48. *Un año de magistratura,* por René de Sola, págs. 108-109.

a) Si los dos esposos celebraron el matrimonio que después fue declarado nulo, de mala fe, tal vínculo, por efecto de la sentencia de nulidad, se tiene por no celebrado y, en consecuencia, debe considerarse que jamás existió entre aquéllos el estado conyugal.

b) El matrimonio declarado nulo fue celebrado de buena fe por ambos cónyuges y, por esa razón, vale como putativo entre ellos, desde su celebración hasta su declaración de nulidad. En este caso la sentencia de nulidad produce efectos a partir de la fecha en que fue dictada, sus efectos son sólo hacia el futuro y, en este aspecto, similares a los de la sentencia de divorcio.

c) El matrimonio declarado nulo fue celebrado de buena fe por uno de los cónyuges. Para éste el matrimonio es eficaz en el lapso comprendido entre la celebración del matrimonio y su declaración judicial de nulidad. Para el otro cónyuge, para el de mala fe, se tiene como no celebrado.

B. *Efectos en relación con las capitulaciones matrimoniales.* Las capitulaciones matrimoniales son pactos celebrados entre los futuros contrayentes para determinar el régimen patrimonial matrimonial que ha de regir durante el matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales son contratos accesorios al matrimonio. Siguen su misma suerte.

a) *Ambos contrayentes fueron de mala fe.* Las capitulaciones matrimoniales se tienen como no celebradas y, por ello, cada uno de los cónyuges debe restituir al otro lo que haya recibido en su ejecución. Quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

b) *Ambos cónyuges fueron de buena fe.* Las capitulaciones matrimoniales se tienen como válidas y, en consecuencia, son plenamente eficaces, desde la celebración del matrimonio hasta su declaración judicial de nulidad.

c) *Sólo un cónyuge fue de buena fe.* Para éste las capitulaciones matrimoniales se reputan válidas en el lapso comprendido entre la celebración del matrimonio y su declaración judicial de nulidad. Para el cónyuge de mala fe, como consecuencia de la sentencia de nulidad del matrimonio, éste queda eliminado de la vida jurídica y se tiene como no celebrado; lo mismo ocurre con las capitulaciones matrimoniales.

Ahora bien, es necesario aclarar que el cónyuge de buena fe no puede, sin embargo, pretender exigir al cónyuge de mala fe el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las capitulaciones matrimoniales, sin satisfacer las de él. Las capitulaciones matrimoniales son contratos únicos y

bilaterales, por lo que ninguna de las partes puede exigir el cumplimiento de las obligaciones a la otra, sin satisfacer las que para ella derivan del mismo contrato.

El beneficio del matrimonio putativo para el cónyuge de buena fe está en la posibilidad que éste tiene de optar, de acuerdo a su interés, entre alegar la eficacia que para él tienen las capitulaciones matrimoniales en el lapso comprendido entre la celebración y la declaración judicial de nulidad del matrimonio, para exigir a su ex cónyuge el cumplimiento de sus obligaciones, cumpliendo a su vez las suyas, o no alegarla, si sale con ello favorecido.

C. *Efectos sobre la comunidad limitada de gananciales.* La comunidad limitada de gananciales es, en nuestra legislación vigente, el régimen patrimonial matrimonial legal supletorio. Significa que si un hombre y una mujer se casan sin celebrar previamente capitulaciones matrimoniales, es decir, sin ejercer la facultad que la ley les reconoce de escoger el régimen patrimonial matrimonial, se aplica el régimen legal supletorio que, en Venezuela, es la comunidad limitada de gananciales.

La declaración judicial de nulidad del matrimonio determina la disolución de la comunidad de gananciales, en cualquier caso, sea que ambos cónyuges hubieren celebrado el matrimonio de buena fe, sólo uno o ninguno (art. 173 C.C.). La explicación de esta solución excepcional en virtud de la cual, en todo caso, la comunidad limitada de gananciales va a reputarse válida desde la celebración del matrimonio hasta su declaración judicial de nulidad, se establece con base en la siguiente consideración: La comunidad limitada de gananciales produce una situación de hecho realmente compleja en relación con los esposos y con los terceros, por lo que resultaría muy difícil eliminarla y tenerla como si nunca hubiera existido, sin que ello produzca una situación altamente confusa e inconveniente. Para evitarla, la legislación venezolana prevé que la nulidad del matrimonio es, en todo caso, causa de disolución de la comunidad de gananciales.

Disuelta la comunidad de gananciales, puede procederse a su liquidación. La liquidación es un conjunto de operaciones que tienen por finalidad separar los bienes comunes de los propios de cada cónyuge, determinar si ha habido gananciales y distribuir éstas entre los cónyuges o ex cónyuges. Pues bien, en cuanto a la liquidación de la comunidad de gananciales sí existe diferencia según que el matrimonio declarado judicialmente nulo valga como putativo para ambos cónyuges, para uno solo de ellos o para ninguno. En efecto, pueden darse las situaciones siguientes:

a) *Ambos cónyuges contrajeron el matrimonio de buena fe* y, en consecuencia, tal matrimonio una vez declarado judicialmente nulo, vale como putativo, entre las fechas de su celebración y su declaración de nulidad, para ambos cónyuges. En este caso, los bienes gananciales se dividen entre ellos de por mitad.

b) *Uno solo de los esposos contrajo el matrimonio posteriormente declarado nulo, de buena fe:* Corresponde a este cónyuge la totalidad de los bienes gananciales (art. 173 C.C.).

c) *Ambos fueron de mala fe:* La totalidad de los bienes gananciales corresponde a los hijos procreados en el matrimonio y, sólo en el caso de que no existieran tales hijos, corresponderá de por mitad, a ambos cónyuges (art. 173 C.C.).

D. *Efectos sobre la vocación hereditaria intestada.* Los derechos que cada uno de los cónyuges tiene en la herencia intestada del otro están regulados por las disposiciones contenidas en los artículos 823, 824 y 825 del Código Civil. Además, el cónyuge no separado de bienes es heredero legitimario.

La nulidad del matrimonio declarada judicialmente determina la pérdida de la vocación hereditaria intestada, independientemente de la buena o mala fe con que hubieran actuado los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. En efecto, si ambos cónyuges o uno de ellos hubiere contraído el vínculo de buena fe, el matrimonio declarado judicialmente nulo, se tiene como válido para el o los cónyuges de buena fe, en el lapso comprendido entre su celebración y su anulación, pero nunca con posterioridad a la sentencia que declare su nulidad.

Ahora bien, si uno de los esposos fallece con anterioridad a que se produzca la sentencia de nulidad, es necesario distinguir:

a) *Si el matrimonio declarado judicialmente nulo fue celebrado de buena fe por ambos cónyuges,* debe reputarse válido desde su celebración hasta la sentencia de nulidad. En consecuencia, si uno de los esposos fallece antes de la sentencia definitiva y firme de nulidad, el otro lo sucede.

b) *Si ambos cónyuges celebraron el matrimonio que después fue declarado judicialmente nulo, de mala fe,* tal vínculo es eliminado de la vida jurídica como si jamás se hubiera celebrado y, por tal razón, si uno de los cónyuges fallece antes de que se produzca la sentencia definitiva y firme que declara la nulidad del matrimonio, el otro no puede sucederlo.

c) *Si el matrimonio en cuestión fue celebrado de buena fe por uno solo de los cónyuges* y uno de ellos muere antes de producirse la sentencia definitiva y firme que declare la nulidad del vinculo, es necesario hacer una nueva distinción: Si el cónyuge que fallece es el de mala fe, el de buena fe lo sucede, pero si ocurre que el que muere es éste, aquél no puede sucederlo.

E. *Efectos sobre las donaciones con ocasión del matrimonio.* Pueden presentarse diferentes casos:

a) *El matrimonio declarado posteriormente nulo mediante sentencia definitiva y firme, fue celebrado de buena fe por ambos esposos.*

a*) Si la donación con ocasión del matrimonio se hace a uno solo de los cónyuges, conserva su efecto.

b*) Si el donante no manifiesta lo contrario, los bienes donados o prometidos a uno de los cónyuges con ocasión del matrimonio son bienes comunes. Y, al disolverse la comunidad de gananciales por efecto de la nulidad del matrimonio declarada judicialmente, la donación pertenece de por mitad, a ambos cónyuges.

b) *El matrimonio que después es declarado nulo por sentencia definitiva y firme, fue contraído de mala fe por ambos esposos.*

a*) Si la donación con ocasión del matrimonio fue hecha a uno de los cónyuges, queda sin efecto.

b*) Si la donación no fue hecha exclusivamente a uno de los cónyuges, el o los bienes donados son bienes comunes y, cuando se disuelve la comunidad como consecuencia de la nulidad del matrimonio, corresponde la donación, como gananciales, a los hijos del matrimonio; en caso de no haberlos, la donación queda sin efecto.

c) *El matrimonio declarado judicialmente nulo fue contraído de buena fe por uno solo de los cónyuges.*

a*) Si la donación fue hecha a uno de los cónyuges y éste es el de buena fe, la conserva; si fue hecha la donación exclusivamente al cónyuge de mala fe, queda sin efecto.

b*) Si la donación no fue hecha a uno solo de los cónyuges, el o los bienes donados son bienes comunes y, al disolverse la comunidad de gananciales por la nulidad del matrimonio cuando se produzca la liquidación de la comunidad disuelta, pasan a pertenecer íntegramente al cónyuge de buena fe.

2. *Efectos de la nulidad del matrimonio en relación con los hijos*

El artículo 127 del Código Civil vigente, establece:

> «El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges como respecto de los hijos, aun nacidos antes del matrimonio, si ha sido contraído de buena fe por ambos contrayentes.
>
> Si sólo hubo buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio surte efectos civiles únicamente en favor de él y de los hijos.
>
> Si hubo mala fe de ambos cónyuges, el matrimonio sólo produce efectos civiles respecto de los hijos».

En relación a la disposición contenida en el artículo 127 del Código Civil, es necesario plantear la siguiente reflexión: La conservación de los efectos del matrimonio respecto a los hijos tenía gran importancia bajo la vigencia del Código Civil del 42, por la diferencia de la situación y de los derechos de los hijos, según fuesen matrimoniales o no. Pero, establecida como ha sido la unidad de filiación por la reforma de 1982, en virtud de la cual los hijos matrimoniales o no, una vez comprobada su filiación tienen exactamente los mismos derechos, la misma condición, en relación al padre, a la madre y a los consanguíneos de éstos, la verdad es que el mantenimiento respecto a los hijos de los efectos del matrimonio declarado judicialmente nulo, resulta algo meramente platónico, puesto que no determina efecto jurídico alguno, como quiera que, por la conservación de tales efectos respecto de los hijos, éstos no tienen mejor situación que la que tendrían aunque no mantenidos para ellos los efectos del matrimonio, pasasen a ser hijos no matrimoniales. Tiene importancia, no obstante, la disposición comentada, porque aclara que los hijos de matrimonio declarado judicialmente nulo, conservan su condición de hijos matrimoniales.

A. *Efectos en relación a la patria potestad sobre los hijos.* La patria potestad sobre los hijos nacidos de un matrimonio declarado judicialmente nulo la seguirán ejerciendo el padre y la madre conjuntamente como, de acuerdo a la reforma del Código Civil de 1982, ocurre durante el matrimonio. En efecto, de conformidad con el primer aparte del artículo 261 del Código Civil vigente, durante el matrimonio la patria potestad sobre los hijos comunes corresponde, de derecho, al padre y a la madre, quienes la ejercerán conjuntamente, en interés y beneficio de los menores y de la familia.

En caso de nulidad del matrimonio, según lo dispuesto en el segundo aparte del artículo 261 del precitado Código, se aplicarán las disposiciones correspondientes al Título IV «Del Matrimonio», Libro Primero del mismo.

Y ocurre que en caso de nulidad del matrimonio, sea que ambos cónyuges lo hubieren contraído de buena fe, sólo uno de ellos o ninguno, ambos seguirán ejerciendo conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos. La razón es sencilla: La reforma del Código Civil de 1982 establece el ejercicio de la patria potestad conjuntamente por el padre y por la madre durante el matrimonio. Si éste es declarado nulo, como quiera que la nulidad del matrimonio declarada judicialmente, no determina la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, ni siquiera para el padre o la madre que hubiere contraído el vínculo de mala fe, ambos seguirán ejerciendo la patria potestad conjuntamente. Sostienen algunos tratadistas que si el matrimonio declarado nulo, vale como putativo para uno solo de los esposos, el cónyuge de mala fe no puede pretender sobre sus hijos, los derechos que la ley consagra en favor del padre y de la madre y que, por tal razón, en este caso, la patria potestad corresponderá al cónyuge de buena fe.

No compartimos tal criterio. La patria potestad no es un derecho derivado del matrimonio, sino un complejo de deberes y derechos —más de aquéllos que de éstos— derivado de la filiación, y si bien el cónyuge de mala fe no puede reclamar los derechos originados en el matrimonio declarado nulo, sí puede exigir los derechos y sí debe cumplir las obligaciones —que eso es la patria potestad— derivados de la filiación.

Por otra parte, aun cuando se sostenga que el cónyuge de mala fe debe reputarse como padre o madre extramatrimonial —en razón de que con respecto a él el matrimonio declarado nulo no vale como putativo—, y aun cuando el hijo ha de tenerse como matrimonial, conforme a lo estatuido por el tercer aparte del artículo 261 C.C., la patria potestad corresponderá conjuntamente a ambos progenitores —el cónyuge de buena fe y el de mala fe—, porque la filiación fue establecida simultáneamente. No debe olvidarse que la intención del legislador del 82, al consagrar el ejercicio conjunto —por el padre y la madre— de la patria potestad en todos los casos posibles, fue proteger al hijo, dándole a aquélla su exacta dimensión de función familiar.[38]

B. *Efectos en relación con la guarda de los hijos.* El artículo 128 del Código Civil reformado dispone: «La sentencia que anule el matrimonio determinará el progenitor que habrá de tener a su cargo la guarda de los hijos y la proporción en que cada progenitor contribuirá en el pago de la pensión alimentaria.

> «El Juez decidirá de conformidad con lo dispuesto en la Ley Especial sobe la materia».

---

[38] *Vid.* art. 351 LOPNA.

En consecuencia, en la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, el Juez debe determinar el progenitor que habrá de tener la guarda de los hijos. La disposición contenida en el mencionado artículo 128 no toma en consideración para atribuir la guarda de los hijos, la buena o mala fe con las que pudieran haber actuado quienes contrajeron el matrimonio que después fue declarado judicialmente nulo. Establece, por el contrario, que el Juez competente en el juicio de nulidad del matrimonio, deberá determinar en la sentencia el progenitor que habrá de tener a su cargo la guarda de los hijos y que decidirá tal cuestión de conformidad con lo dispuesto en la Ley Especial sobre la materia que es la Ley Tutelar de Menores.

De la disposición contenida en el artículo 128 del Código Civil, en concordancia con los artículos 38 y 39 de la Ley Tutelar de Menores, resulta lo siguiente:

a) Si el o los hijos del matrimonio que fue declarado nulo son menores de siete (7) años, el Juez competente otorgará la guarda a la madre, salvo que por graves motivos tome otra providencia (artículo 38 L.T.M.).

b) Si el o los hijos han cumplido los siete (7) años, el Juez que conozca del juicio de nulidad del matrimonio, en interés del menor, puede atribuir la guarda a cualquiera de los padres o a tercera persona que juzgue apta para su desempeño, prefiriéndose, si fuera el caso y en igualdad de condiciones, a quien hubiere tenido al menor bajo su guarda, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Tutelar de Menores (art. 39 L.T.M.).

Antes de tomar las medidas relativas a la guarda de los hijos del matrimonio declarado nulo, el Juez competente deberá cumplir lo establecido en el artículo 6 de la Ley del Instituto Nacional del Menor, según el cual debe obtener previamente del Instituto un informe social, que debe ser solicitado en el mismo auto de admisión de la demanda o dentro de las cinco audiencias siguientes y consignado por el Instituto en un plazo no mayor de sesenta (60) días, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley Tutelar de Menores, conforme al cual el Juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la elaboración de un informe social, psicológico o psiquiátrico de los menores, de los representantes legales o de los guardadores con el fin de establecer la situación material, moral y emocional del grupo familiar.[39]

---

[39] *Vid.* art. 360 LOPNA.

En relación a la pensión alimentaria de los hijos del matrimonio declarado judicialmente nulo, el Juez debe determinar, en la sentencia de nulidad, la proporción en que cada progenitor contribuirá en el pago de dicha pensión (art. 128 C.C.), para lo que habrá de tomar en consideración la capacidad económica que, para satisfacer tal obligación, tenga cada uno de los progenitores. Eventualmente podrá tomar las medidas preventivas señaladas por el artículo 48 de la Ley Tutelar de Menores, para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria.[40]

[40] *Vid.* art. 373 LOPNA.

Capítulo X

EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO EN CUANTO A LOS CÓNYUGES. DEBERES Y DERECHOS. SU EXTENSIÓN CONFORME AL CÓDIGO CIVIL REFORMADO. EL DOMICILIO CONYUGAL.

I. Efectos generales del matrimonio en cuanto a los cónyuges

El efecto fundamental que produce la celebración del matrimonio, entre los cónyuges, es crear el estado conyugal. Surge entre los esposos un vínculo que no es de parentesco, sino precisamente el matrimonial. Entre los cónyuges, por virtud del matrimonio, no se establece consanguinidad ni afinidad. El vínculo que crea el matrimonio entre los esposos es algo más que un parentesco, es una unión más íntima, un lazo superior incluso al de la sangre, porque es unión de cuerpos y de almas, de donde brota una comunión espiritual y física.

El estado conyugal producido por el matrimonio determina entre los cónyuges un tejido de deberes y derechos, de relaciones personales y patrimoniales. En este tema vamos a estudiar solamente los efectos personales que entre los cónyuges, produce el matrimonio. Los efectos patrimoniales serán objeto de análisis en los dos siguientes.

1. *Efectos personales del matrimonio entre los cónyuges*

En el aspecto general el matrimonio produce como efecto entre los cónyuges, deberes y derechos.

A. *Deberes y derechos conyugales*. El artículo 137 del Código Civil establece:

> «Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.
>
> La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aún después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nuevas nupcias.
>
> La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará, en ningún caso, como falta a los deberes que la Ley impone por efecto del matrimonio».

Más adelante, en el primer aparte del artículo 139, el legislador añade que ambos cónyuges deben asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades y que esta obligación cesa para con el cónyuge que se separe del hogar sin justa causa.

De las disposiciones contenidas en el artículo 137 y en el 139 del Código Civil vigente, se desprende que el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes en el matrimonio, ya que como consecuencia de su celebración, adquieren los mismos derechos y asumen deberes idénticos. Cada uno de los cónyuges tiene iguales deberes hacia el otro —para el que son derechos— y, a su vez, éste hacia aquél.

Fundamento de los deberes y derechos conyugales. Desde el punto de vista filosófico, encontramos el fundamento de los deberes y derechos conyugales en el afecto que se supone existente en el hombre y en la mujer que han contraído matrimonio entre ellos.

Desde el punto de vista jurídico, los deberes y derechos conyugales surgen de la celebración del matrimonio, independientemente del afecto entre los esposos que si bien normalmente existe, puede faltar, sin que ello obste a la fundamentación jurídica de aquéllos.

B. *Caracteres de los deberes y derechos conyugales*

a) *Los deberes y derechos conyugales son deberes legales*. Como hemos visto, los derechos y las obligaciones que surgen entre los cónyuges como consecuencia de la celebración del matrimonio, están consagrados en la ley (artículos 137 y 139 del Código Civil). Por eso son deberes y derechos legales.

b) *Los deberes y derechos conyugales tienen un carácter marcadamente ético*. Ciertamente, los deberes y derechos derivados del matrimonio tienen una fuerte dosis de contenido moral, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes. De aquí que las normas jurídicas reguladoras de los deberes conyugales, que son jurídicas por haber sido acogidas por el legislador, pero que son indudablemente éticas en su origen, acusen este origen en lo tenue de su sanción que frecuentemente es patrimonial, siempre indirecta y, en consecuencia, poco eficaz. Guardar fidelidad, cumplir los deberes de mutua asistencia, de convivencia, son obligaciones cuyo cumplimiento depende más de la conciencia que del frío precepto legal.

C. *Los deberes conyugales recíprocos son deberes incoercibles por regla general*. Desobedecidos que sean tales deberes conyugales, por cualquiera de los cónyuges, no existe, generalmente, la posibilidad de su cumplimiento forzoso específico. No es posible el cumplimiento forzoso del deber de convivencia conyugal o del deber de fidelidad o de la obligación de socorrerse mutuamente que existe entre los esposos.

De los deberes conyugales recíprocos consagrados por nuestro legislador sólo el que tienen los esposos de asistirse recíprocamente en la satisfacción de sus necesidades y de contribuir, en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común y a las cargas y demás gastos matrimoniales, es susceptible de cumplimiento forzoso. En efecto, conforme a lo estatuido por el segundo aparte del artículo 139 del Código Civil, el cónyuge que dejare de cumplir, sin causa justificada, con estas obligaciones, podrá ser obligado judicialmente a ello, a solicitud del otro. La razón es harto sencilla: este deber que existe entre los cónyuges es de contenido predominantemente económico.

En relación a los otros deberes conyugales de contenido fundamentalmente moral, no existe posibilidad de cumplimiento forzoso, de manera que, cuando uno de los cónyuges transgrede su obligación para con el otro, a éste sólo le cabe emplear medios de hecho que, puestos por obra, fuercen al otro esposo a cumplir u optar ante la conducta en que el incumplimiento consista, por la separación de cuerpos o el divorcio.

D. *Los deberes conyugales recíprocos son de orden público.* Las normas jurídicas que los regulan son de orden público y, en consecuencia, no pueden ser modificadas por convenio entre los cónyuges. No puede ser de otra forma, puesto que los deberes mutuos entre los esposos constituyen la esencia misma del matrimonio, base de la familia, en cuyo cumplimiento está interesada la sociedad, inmediata beneficiaria de la estabilidad matrimonial y familiar.

E. *Los deberes conyugales son recíprocos.* Cada uno de los esposos los tiene para con el otro (para el que son derechos) y éste hacia aquél.

2. *Examen particular de cada uno de los deberes conyugales recíprocos*

A. *Deber de vivir juntos.* Como hemos visto, conforme al encabezamiento del artículo 137 del Código Civil, del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos. Es el deber que tienen el marido y la mujer de convivencia habitual en la misma casa. Es básico en las relaciones conyugales, ya que es supuesto necesario para lograr la plena comunidad de vida, que es sustancia del matrimonio.

Lo difícil es encontrar sanción adecuada a la posible infracción, por alguno de los cónyuges, del deber de cohabitación, que sólo en el orden afectivo y moral puede encontrar plena garantía. La doctrina antigua y la jurisprudencia admitieron la posibilidad del empleo de la fuerza pública para restituir a la mujer al hogar conyugal.

El artículo 24 del Código Civil venezolano de 1862 establecía:

> «El marido tiene derecho a obligar a su mujer a vivir con él y seguirle adonde quiera que traslade su residencia».

Por su parte, en la doctrina nacional antigua encontramos a autores como Sanojo y Dominici, favorables al empleo de la fuerza pública para obligar a la mujer a seguir a su marido o a éste a recibirla en el hogar común.

> «¿Deberá hacerse uso de la fuerza pública obligándose *manu militari* a la mujer a ir a la casa de su marido o a éste a recibirla en ella? La afirmativa nos parece la opinión más favorable. Verdad es que, según los principios generales, no se puede compeler a nadie a cumplir una obligación de hacer empleando la coacción sobre su persona y que se las lleva a efecto resolviéndolas en la de indemnizar daños y perjuicios y obrando en consecuencia sobre los bienes del obligado; pero esta regla se refiere únicamente a los intereses materiales y pecuniarios, y por lo mismo, no puede tener lugar en un derecho de familia».[41]

> «Es doctrina corriente que el marido puede requerir de la autoridad judicial el empleo de la fuerza pública para reintegrar a la mujer en el domicilio conyugal; mas, no puede privarla de su libertad individual dentro de la casa, aun cuando se haya salido o quiera salirse de ella, sin motivo justificado, puesto que por la Constitución está prohibido el apremio corporal en materia de obligaciones civiles, y en ningún caso es dado a un simple particular ejercer violencia sobre otro. La mujer podrá salir del hogar sin que el marido tenga derecho a emplear la fuerza para impedírselo, y reclamará de nuevo el apoyo de la autoridad, que debe prestarlo para hacerla volver, si se negare a ello».[42]

En los tiempos modernos está absolutamente desechado tal procedimiento, en razón de que no es posible permitir al marido que tenga a su mujer en estado de secuestro personal permanente para impedirle que vuelva a abandonar el hogar tan pronto haya sido devuelta a él y, por otra parte, porque la convivencia matrimonial está asentada y debe ser mantenida sobre la espontaneidad del afecto entre los esposos, el cual no puede ser impuesto por ningún legislador.

Por lo que respecta al Derecho venezolano vigente, es necesario destacar que el principio consagrado por el Código Civil de 1867 y conservado por los posteriores hasta el de 1942, según el cual la mujer debe seguir a su marido, adonde quiera que él fije su residencia, ha sido eliminado.

El deber de convivencia supone una residencia común. No es posible que los cónyuges vivan juntos en residencias separadas. Anteriormente la residencia común la fijaba el marido ya que a él correspondía la decisión de todos los asuntos de la vida conyugal común y la mujer tenía el deber de seguir al marido adonde él fijara su residencia.

---

[41] Luis Sanojo, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano.* Tomo I, pág. 194.

[42] Aníbal Dominici, *Comentarios al Código Civil Venezolano* (Reformado en 1896). Tomo I, pág. 254).

En el Código Civil de 1982 ha desaparecido la potestad marital, la facultad del marido de decidir los asuntos relativos a la vida conyugal y la obligación de la mujer de seguirlo adonde él fije su residencia. Hoy la residencia común, consecuencia del deber de vivir juntos, es una obligación común. La residencia común la fijarán, de mutuo acuerdo, los cónyuges.

a) *Suspensión del deber de cohabitación.* El artículo 138 del Código Civil dispone lo siguiente:

a*) *Separación de la residencia común.*

> «El Juez de Primera Instancia en lo Civil podrá, por justa causa plenamente comprobada, autorizar a cualquiera de los cónyuges a separarse temporalmente de la residencia común».

En el Derecho venezolano anterior, marido y mujer podían separarse de la habitación común cuando estuviera en peligro su salud o su vida por demencia, enfermedades contagiosas o por cualquiera otra circunstancia. Pero como sólo la mujer tenía el deber de seguir a su marido adonde quiera que él fijara su residencia, sólo ella, la mujer, podía ser eximida por el Juez de Primera Instancia en lo Civil de tal obligación, por justa causa plenamente comprobada.

Hoy, la residencia común la fijan los cónyuges de mutuo acuerdo y el cambio de residencia sólo podrá hacerse si ambos cónyuges están de acuerdo en ello. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 138 del Código Civil reformado, es posible que cualquiera de los esposos solicite y logre la separación de residencia.

La separación de residencia común, de acuerdo a nuestra legislación vigente, tiene las características siguientes:

— Puede ser solicitada por cualquiera de los cónyuges.

— Tiene que ser acordada judicialmente. El único órgano competente a tal efecto es el Juez de Primera Instancia en lo Civil, según nuestro criterio, del domicilio conyugal.

— Es menester que exista para la separación de residencia común, justa causa plenamente comprobada; lo que significa que el cónyuge que solicite la correspondiente autorización judicial a que nos venimos refiriendo no puede sólo alegar una causa que justifique la separación, sino que debe comprobarla. La apreciación corresponde al Juez competente, quien, como se trata de alterar un deber conyugal básico, debe ser cuidadoso y exigente.

— Tiene carácter temporal, no permanente, por lo que en la autorización respectiva el Juez debe señalar su límite en forma precisa.

b*) *La suspensión del deber de convivencia entre los cónyuges puede derivar de la instauración de un juicio de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos.* Por supuesto, el deber conyugal de vivir juntos tiene aplicación en las situaciones normales del matrimonio y sufre excepciones en las anormales. Así, según el artículo 125 del Código Civil, inmediatamente después que se demande la nulidad del matrimonio, el Tribunal puede, a instancia del actor o de cualquiera de los cónyuges, o bien de oficio cuando uno de éstos fuere menor de edad, y en vista de las pruebas conducentes, dictar la separación de los cónyuges; según el ordinal 1° del artículo 191 el Juez, admitida la demanda de divorcio o de separación de cuerpos, podrá autorizar la separación de los cónyuges.

c*) Además, la separación de cuerpos, contenciosa o por mutuo consentimiento, suspende la vida común de los casados, conforme a la disposición contenida en el artículo 188 del Código Civil.

b) *Incumplimiento del deber de vivir juntos.* Como consecuencia de la celebración del matrimonio, los cónyuges tienen el deber de vivir juntos. Es un deber recíproco y en tal virtud a uno y otro esposo se le permite exigir la vida en común, tiene derecho a ello. Es un deber incoercible porque en caso de inobservancia, no es posible lograr un cumplimiento forzoso.

Pero el incumplimiento grave, consciente e injustificado de este deber, por parte de uno de los esposos, faculta al otro para intentar la acción de divorcio o de separación de cuerpos. Además, y aun sin separación legal, si un cónyuge se niega injustificadamente a vivir con el otro, éste puede suspender el cumplimiento del deber de asistir a aquél en la satisfacción de sus necesidades, conforme al primer aparte del artículo 139 del Código Civil.

B. *Deber de fidelidad.* La comunidad de vida que debe existir entre los esposos no sería completa sin una perfecta, mutua y exclusiva entrega de sus cuerpos que excluye toda relación sexual extraconyugal.

Categóricamente establece nuestro Código Civil en su artículo 137, el deber de fidelidad: Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de guardarse fidelidad. El deber de fidelidad es igual para el marido y para la mujer: ambos están obligados a abstenerse de toda relación sexual extramatrimonial. Incumple el deber de fidelidad la persona que no guarda para su cónyuge la exclusividad de sus posibilidades de entrega corporal.

a) *Incumplimiento del deber de fidelidad.* De cualquier modo, no hay medios legales para imponer el cumplimiento del deber de fidelidad, y si uno de los cónyuges falta a él, no existe otra sanción civil que la de permitir

al ofendido que demande el divorcio o la separación de cuerpos. Además, el adulterio, en términos generales, está tipificado como delito (arts. 396 y 397 C.P.).

a*) El adulterio como causal de divorcio. Anteriormente, de conformidad con lo establecido en el ordinal 1º del artículo 185 del Código Civil del 42, se establecía una diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer, como causal de divorcio. En efecto, el adulterio de la mujer se consideraba causal de divorcio en todo caso, en tanto que el del marido sólo lo era «cuando mantenga concubina notoriamente, o cuando haya un concurso de circunstancias tales que constituya una injuria grave hacia la mujer».

Hoy, según la dispuesto en el ordinal 1º del artículo 185 del Código Civil reformado, no existe ninguna diferencia entre el adulterio cometido por el marido y el cometido por la mujer. Ciertamente, de acuerdo a la mencionada disposición del Código Civil vigente, el adulterio, del marido o de la mujer, es causal de divorcio en todo caso.

b*) El adulterio en nuestro Derecho Penal. Contrariamente a lo que ocurre en materia civil en la cual, como hemos indicado antes, no existe diferencia alguna entre el adulterio del marido y el de la mujer como causal de divorcio y de separación de cuerpos, en materia penal sí existe una consideración diferente.

En efecto, en el Capítulo V del Título VIII del Código Penal venezolano vigente están tipificados, en los artículos 396 y 397, el adulterio consumado por la mujer y el cometido por el marido, sancionado aquél con mayor severidad que éste.

El artículo 396 prescribe:

> «La mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años. La misma pena es aplicable al coautor del adulterio».

El artículo 397 establece:

> «El marido que mantenga concubina en la casa conyugal, o también fuera de ella, si el hecho es notorio, será castigado con prisión de tres a dieciocho meses. La condena produce de derecho la pérdida del poder marital.
>
> La concubina será penada con prisión de tres meses a un año».

La conjunción carnal de la mujer con hombre diferente a su marido constituye delito de adulterio; la unión sexual del marido con mujer distinta a su esposa, no constituye delito de adulterio, si no hace vida marital con ella en la casa conyugal o fuera de ella, si el hecho fuere notorio.

C. *Deber de socorro.* Este deber ha sido tradicionalmente denominado por la doctrina nacional, deber de asistencia conyugal. No obstante, como quiera que el art. 139 C.C., en su primer aparte, al consagrar el deber de los cónyuges de contribuir recíprocamente y en la medida de los recursos de cada uno, a la satisfacción de sus necesidades, utiliza la expresión «asistir se recíprocamente», y que el art. 137 C.C. preceptúa que del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, hemos creído conveniente denominar deber de socorro, a la obligación de los esposos, de contenido fundamentalmente moral, de ayudarse mutuamente en todas las circunstancias, para evitar confusiones con el deber conyugal de asistencia recíproca en la satisfacción de sus necesidades, deber de contenido eminentemente económico. Pues bien, el deber de socorro es un deber fundamentalmente ético en su contenido. Comprende la asistencia en todos los momentos de la vida, las atenciones y cuidados que deben prodigarse los cónyuges, la preocupación constante por el bienestar y felicidad del otro, el respeto y la protección a la dignidad y al prestigio social de cada uno. El deber de socorro, en fin, alcanza a toda necesidad de apoyo, ayuda o auxilio espiritual o físico que un esposo tenga y que el otro pueda atender. Cada cónyuge debe prestar al otro la ayuda que aquél pueda y éste precise.

Incumplimiento del deber de socorro. El incumplimiento grave, consciente e injustificado de este deber conyugal, por parte de uno de los esposos, puede ser alegado por el otro para demandar el divorcio o la separación de cuerpos, desde luego que tal incumplimiento puede configurar la causal de abandono voluntario o de injuria grave, como genéricamente se denomina a la que contiene el ordinal 3° del artículo 185 del Código Civil.

D. *Deber de asistencia recíproca en la satisfacción de sus necesidades.* El marido y la mujer están obligados, según lo establecido en el artículo 139 del Código Civil, a asistirse en la medida de los recursos de cada uno, en la satisfacción de sus necesidades. Éste es un deber de contenido eminentemente económico. Es una obligación legal de alimentos. En efecto, es obligación de alimentos, porque es el deber que tiene cada uno de los cónyuges de suministrar, en la medida de sus recursos, al otro, lo que éste requiera para satisfacer sus necesidades. Tal deber, además, está consagrado en la ley. Por eso es una obligación legal de alimentos. Difiere, sin embargo, de la obligación alimentaria familiar u obligación legal de alimentos propiamente dicha, en que esta última requiere la situación de penuria en el beneficiario y no basta, como sí es suficiente para que se establezca el deber entre los cónyuges de

asistirse en la medida de sus recursos, en la satisfacción de sus necesidades, la simple relación familiar que es, en este caso, la relación conyugal.

Este deber entre los esposos cesa para con el cónyuge que se separa del hogar sin justa causa (última parte del primer aparte del artículo 139 del Código Civil).

Ahora bien, como atinadamente opina el Dr. Francisco López Herrera en su obra *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, si el cónyuge culpable (el que se separa del hogar sin justa causa y para con el que cesa el deber del otro de asistirlo en la satisfacción de sus necesidades) «cae o se encuentra en estado de necesidad, conserva su derecho a reclamar al otro los alimentos propiamente dichos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 287 y siguientes del Código Civil vigente».

Incumplimiento del deber de asistencia en la satisfacción de las necesidades. El segundo aparte del artículo 139 del Código Civil vigente, dispone:

> «El cónyuge que dejare de cumplir, sin causa justificada, con estas obligaciones, podrá ser obligado judicialmente a ello, a solicitud del otro».

De suerte que, el incumplimiento grave e injustificado del deber de asistencia recíproca en la satisfacción de las necesidades, por parte de un cónyuge, podrá hacer nacer en el otro acción para reclamar alimentos y lograr que sea obligado judicialmente a cumplir con su obligación.

Además, el incumplimiento grave e injustificado del deber conyugal que analizamos, configura abandono voluntario, razón por la cual puede el cónyuge inocente demandar al culpable por divorcio o por separación de cuerpos (Ord. 2º del artículo 185 del Código Civil).

Para el caso de que el incumplimiento del deber de asistencia en la satisfacción de las necesidades por parte de un cónyuge ocasione efectivamente algún daño al otro, éste tendrá acción de daños y perjuicios contra el culpable.

E. *Deberes de los cónyuges de contribuir al cuidado y mantenimiento del hogar común y a las cargas y demás gastos matrimoniales.* El artículo 139 del Código Civil, en su encabezamiento, establece:

> «El marido y la mujer están obligados a contribuir en la medida de los recursos de cada uno, al cuidado y mantenimiento del hogar común, y a las cargas y demás gastos matrimoniales».

Cada uno de los cónyuges asume, como consecuencia de la celebración del matrimonio, no sólo los deberes recíprocos que ya hemos estudiado, sino también el de contribuir, en la medida de sus recursos, en el cuidado y mantenimiento del hogar común y en las cargas y demás gastos matrimoniales.

En el cumplimiento de estas obligaciones rige el principio de la proporcionalidad a sus recursos.

Si uno de los esposos deja de cumplir, sin causa justificada, con el deber que tiene de contribuir al cuidado del hogar y a las cargas y demás gastos matrimoniales, puede ser obligado judicialmente a ello, a solicitud del otro, conforme a lo dispuesto en el último aparte del mencionado artículo 139 del Código Civil.

Derecho de la mujer casada a usar el apellido del marido.

El artículo 137 del C.C., en sus apartes 1º y 2°, establece:

> «La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aún después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nuevas nupcias.
>
> La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará, en ningún caso, como falta a los deberes que la Ley impone por efecto del matrimonio».

3. *Fijación de la residencia común*

Los cónyuges, como ya hemos expresado, tienen la obligación de vivir juntos. El matrimonio crea, en consecuencia, la necesidad de una residencia común. Tal necesidad es un efecto del matrimonio.

Antes, durante la vigencia del Código Civil del 42, entre las facultades atribuidas al marido como titular de la potestad marital, se encontraba la jefatura familiar. Al marido correspondía la decisión de los asuntos relativos a la vida conyugal en común. Era el marido quien decidía acerca de la fijación de la residencia común y la mujer tenía la obligación de seguirlo adonde él la estableciera.

Hoy, luego de la reforma introducida por el legislador en 1982, los cónyuges, de mutuo acuerdo, toman las decisiones relativas a la vida familiar. Dentro de estas decisiones está, precisamente, la relativa a la fijación de la residencia común.

Puede ocurrir, sin embargo, que los cónyuges tengan residencia separada, bien porque alguno de ellos haya sido autorizado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil, por justa causa plenamente comprobada, a separarse temporalmente de la residencia común (artículos 138 C.C.), o bien porque de hecho exista acuerdo entre ellos para vivir en residencias separadas o tolerancia de uno para que el otro no viva con él.

Pero esta posibilidad es excepcional y, regularmente, temporal, como expresamente lo establece la disposición contenida en el mencionado

artículo 138 C.C., para el primer caso y, como se desprende del carácter de orden público que, como todos los deberes conyugales, tiene el deber de cohabitación, para el segundo caso.

La residencia común, fijada por acuerdo entre los cónyuges, sólo puede ser cambiada en la misma forma; es decir, si ambos están de acuerdo (único aparte del artículo 140 del Código Civil).

4. *Determinación del domicilio conyugal*

El Código Civil reformado en 1982 introduce el concepto de domicilio conyugal.

Antes de entrar en vigencia la ley de la Reforma Parcial del Código Civil de 1982, algunas disposiciones legales aludían al domicilio conyugal. La disposición contenida en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil de 1916 —hoy derogado por el de 1986— según la cual es competente para conocer de los juicios de divorcio y de separación de cuerpos el Juez de Familia con jurisdicción en el lugar del domicilio conyugal. También se refería al domicilio conyugal el artículo 768 del mencionado Código; esta disposición del C.P.C. de 1916, fue eliminada; así lo impuso la igualdad de los cónyuges en el matrimonio consagrada en el Código Civil del 82.

Pero, como la ley no determinaba cuál debía considerarse el domicilio conyugal, existían criterios diferentes al respecto. Así, algunos opinaban que el domicilio conyugal era el domicilio del marido; es decir, el lugar donde éste tuviera el asiento principal de sus negocios e intereses, como quiera que, conforme al artículo 33 del Código Civil del 42, el domicilio de la mujer casada no separada legalmente, era el domicilio de su cónyuge. (El artículo 33 del Código Civil fue modificado por la reforma del Código Civil del 82 y, desde entonces, el domicilio de cada cónyuge se determinará conforme al artículo 27 *eiusdem*, según el cual el domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses).

Otros opinaban que el domicilio conyugal era el lugar donde en forma permanente se había radicado el matrimonio y donde los cónyuges cumplían sus deberes y ejercían sus derechos de esposos. El domicilio conyugal así concebido podía coincidir con el domicilio del marido, pero no necesariamente tenía que ser así. El concepto se refiere más bien a residencia.

Hoy, como hemos indicado antes, el Código Civil vigente determina el domicilio conyugal. En efecto, conforme al artículo 140 del Código Civil, los cónyuges de mutuo acuerdo fijarán el domicilio conyugal. Y el artículo 140-A establece lo siguiente:

> «El domicilio conyugal será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecida de mutuo acuerdo, su residencia. En caso de que los cónyuges tuvieren residencias separadas, de hecho o en virtud de la autorización

> judicial prevista en el artículo 138, el domicilio conyugal será el lugar de la última residencia común.
>
> El cambio de residencia sólo podrá hacerse si ambos cónyuges están de acuerdo en ello».

Del contenido de la predicha disposición podemos colegir, en relación al domicilio conyugal, lo siguiente:

1. El domicilio conyugal resulta del acuerdo entre los cónyuges, ya que será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecida de mutuo acuerdo su residencia.
2. Mientras ambos cónyuges tengan residencia común, el domicilio conyugal coincide con ella.
3. La referida coincidencia desaparece cuando los cónyuges tienen residencias separadas.
4. El domicilio conyugal es cambiante. Así, si los esposos tienen residencia común, tal será el domicilio conyugal. Si tienen residencias separadas, el domicilio conyugal será el lugar de la última residencia común.
5. Puede cambiar como consecuencia del cambio de residencia común de los cónyuges, para lo que se requiere el acuerdo de éstos.

II. Referencia a la potestad marital y a su supresión en el Código Civil vigente

El artículo 140 del Código Civil de 1942, establecía:

> «Al marido le corresponde la decisión de todos los asuntos relativos a la vida conyugal común».

El artículo 140 del Código Civil de 1982, preceptúa:

> «Los cónyuges, de mutuo acuerdo, tomarán las decisiones relativas a la vida familiar, y fijarán el domicilio conyugal».

Ya no existe en nuestro Derecho la jefatura del marido en el matrimonio, ni su consecuencia, la potestad marital. De modo que la mujer no está sometida al marido, ni éste tiene preeminencia sobre ella.

Consideramos interesante establecer lo que es la potestad marital y la evolución que ha sufrido para que podamos apreciar cómo se ha pasado de la absoluta sumisión de la mujer a la potestad del marido, a la compleja igualdad de los cónyuges en la participación de la jefatura familiar.

1. *Noción de potestad marital.* La potestad marital es el conjunto de facultades atribuidas por la ley al marido, como cabeza de familia, que determina una situación de subordinación de la mujer con respecto a él.

La potestad marital es un poder familiar y como tal debe ejercerse orientándola a la consagración de los intereses superiores de la familia y no a la de los particulares de su titular.

2. *Fundamento de la potestad marital.* Al respecto existen, entre los que justifican la potestad marital, distintas opiniones, a saber:

Teoría tradicional. Esta teoría afirma que el fundamento de la potestad marital está en el doble supuesto de que el matrimonio, como toda sociedad, requiere una autoridad y que ésta corresponde al marido por sus condiciones de superioridad natural.

La filosofía cristiana. Ha mantenido el principio de la autoridad marital, pero ha reducido ésta a una autoridad tuitiva, fundada en el principio de unidad de dirección de la familia.

Teoría moderna. El influjo de las ideas cristianas y el espíritu igualitario hacen que la filosofía moderna se muestre poco propicia a aceptar la tesis de la desigualdad de naturaleza entre los sexos. La teoría tradicional en relación con la justificación de la potestad marital, es sustituida por teorías variadas entre las que destaca la tesis de la unidad de dirección, de acuerdo con la cual, la sociedad conyugal es una sociedad poliárquica, regida en principio por la igualdad, si bien para lograr la necesaria unidad de dirección y gobierno, ha de tolerar una cierta preeminencia del marido.

3. *Evolución de la potestad marital.* Ha sido de la absoluta sumisión de la mujer a la autoridad del marido a la completa equiparación de los cónyuges en el matrimonio. La mayoría de los ordenamientos jurídicos que han reformado su Derecho de Familia recientemente, han omitido la formulación del principio de la potestad marital y han eliminado del todo o en gran parte sus consecuencias. La transformación ha alcanzado a los países latinos, tradicionalmente apegados a la autoridad del marido.

Así, en el Derecho español vigente no existe la jefatura del marido en el matrimonio. Ya desde 1975, la ley 14 había reformado el artículo 57 del Código Civil, sustituyendo el texto «el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido» por el siguiente: «El marido y la mujer se deberán respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia». Según la Exposición de Motivos de la ley, la fórmula discriminatoria queda sustituida por otra de absoluta reciprocidad. La Constitución española establece que «Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo...» (art. 14), y que «El hombre y

la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32, 1). Y el Código Civil español reformado el 7 de julio de 1981, dispone que «El marido y la mujer son iguales en derechos y en deberes» (art. 66).

En el Derecho francés, la potestad marital fue eliminada por reforma operada por la ley del 4 de junio de 1970. En efecto, el Código Napoleón proclamaba, en su artículo 213, el principio de que el marido debe protección a su mujer y la mujer debe obediencia a su marido. El texto de este precepto dice, luego de la mencionada reforma, que los esposos aseguran juntos la dirección moral y material de la familia.

Algo similar ha ocurrido en Italia. El Código Civil de 1942, en su artículo 144, declaraba que el marido es el cabeza de la familia y que la mujer sigue la condición civil del marido. Con la reforma del Derecho de Familia realizada por la ley del 19 de mayo de 1975, aquella disposición ha adquirido nueva redacción; el artículo 144 ahora dice que «los cónyuges concuerdan entre sí la dirección de la vida familiar» y, según el artículo 143, «con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes».

Por lo que respecta a los países socialistas de Europa del Este, se advierte que todos ellos se inspiraron en el principio de igualdad de derechos en el hombre y la mujer en todos los campos.

El Código de Familia de Cuba de 1975 proclama, entre los objetivos principales que se asigna a sí mismo en su artículo 1º, el del fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido, fundado en la absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer. Luego, en su artículo 24, dispone que:

> «El matrimonio se constituye sobre la base de la igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges»,

y en el 26, establece que:

> «Ambos cónyuges están obligados a cuidar la familia que han creado y a cooperar el uno con el otro en la educación, formación y guía de los hijos conforme a los principios de la moral socialista. Igualmente, en la medida de las capacidades o posibilidades de cada uno, deben participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo».

Cabe advertir que la potestad del marido como jefe de la familia se ha mantenido en Códigos Civiles modernos, como el de Portugal de 1966, el cual conserva en su artículo 1674 el término poder marital y dispone que el marido es el jefe de la familia, correspondiéndole en ese concepto representarla y decidir en todos los actos de la vida conyugal común. Y el

de Etiopía de 1960, que, en su artículo 635, declara que el marido es el jefe de la familia y que la mujer le debe obediencia.

A. *Evolución en el Derecho venezolano.* El Derecho venezolano hasta la reforma del Código Civil en 1982, consagraba la potestad marital.

Los Códigos Civiles de 1862 y 1867 establecían para la mujer el deber de obedecer al marido y acordaban a éste la representación jurídica de la mujer.

Los Códigos posteriores, inclusive el de 1922, fueron más lejos, establecieron que el marido era el jefe de la familia. Inspirándose en el Código Napoleón, la legislación venezolana establecía una rígida potestad del marido, tutela de la mujer casada, quien, como consecuencia del matrimonio, perdía la capacidad jurídica que tenía durante la soltería. Excepcionalmente se reconocían derechos especiales para la mujer comerciante, profesional o artista, así como en los casos de matrimonios celebrados con separación de bienes y también para los casos de separación judicial de cuerpos. Así, el Código Civil de 1916 reconoció a la esposa que trabajaba el derecho de administrar y disponer por actos a título oneroso, del producto de su industria, profesión u oficio (art. 186). Tal facultad se mantuvo en el Código Civil de 1922 (art. 186).

Con el proyecto de Código Civil de 1931 comienza un nuevo período en la evolución de la potestad marital, caracterizado por la consideración de que su concepción tradicional debe adaptarse a las nuevas tendencias orientadas a la progresiva dignificación de la mujer en la vida doméstica.

El Código Civil de 1942 mantuvo la potestad marital que se traducía en derechos del marido de decidir en todos los asuntos relativos a la vida conyugal común, de fijar la residencia común (al que correspondía el deber de la mujer de seguirlo), de administrar los bienes comunes cuya administración no hubiera sido atribuida a la mujer por la ley.

La Ley de Reforma Parcial del Código Civil que entró en vigencia el 26 de julio de 1982 ha modificado el artículo 140 del Código del 42, sustituyendo la norma que disponía que «Al marido corresponde la decisión de todos los asuntos relativos a la vida conyugal común», por la vigente que establece que «Los cónyuges, de mutuo acuerdo, tomarán las decisiones de la vida familiar y fijarán el domicilio conyugal».

Conforme a la inspiración general de la Reforma, los artículos 33, 138 y 168 han sido también modificados.

Así, el artículo 33 que establecía que «La mujer casada, no separada legalmente, tiene el mismo domicilio de su marido» ha sido modificado en el sentido de que, según el artículo 33 del Código Civil vigente «El domicilio de cada uno de los cónyuges se determinará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de este Código».

Conforme a lo dispuesto en el artículo 138 del Código Civil del 42 «La mujer debe seguir a su marido adonde quiera que fije su residencia». Según el Código Civil del 82 la residencia común la fijan, de común acuerdo, ambos cónyuges y sólo podrá cambiarse si ambos están de acuerdo.

El artículo 168 que disponía que «El marido administra los bienes comunes, cualesquiera que ellos sean, y la mujer, aquellos que han sido adquiridos por su industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo, así como los frutos que éstos produzcan» ha sido sustituido por el artículo 168 del Código reformado, según el cual cada uno de los cónyuges podrá administrar, por sí solo, los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. Establece también la disposición contenida en el artículo citado que para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales, cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañía, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades, se requerirá del consentimiento de ambos cónyuges.

Capítulo XI

RELACIONES PATRIMONIALES DE LOS CÓNYUGES. EL RÉGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y SUS LIMITACIONES. CAPACIDAD DE LAS PARTESY FORMA DEL CONTRATO DE MATRIMONIO. EFECTOS DE LAS CAPITULACIONES: SU PRUEBA. CASOS DE NULIDAD DE LAS MISMAS.

I. Relaciones patrimoniales de los cónyuges

El matrimonio produce entre los cónyuges, además de importantes efectos personales, efectos patrimoniales que requieren regulación jurídica.

La regulación jurídica de la situación que el matrimonio instaura en la esfera patrimonial, constituye el régimen patrimonial matrimonial, llamado también régimen económico del matrimonio o régimen de los bienes en el matrimonio.

II. Régimen de los bienes en el matrimonio

A. *Concepto*. Se designa con el nombre de régimen de los bienes en el matrimonio o régimen patrimonial matrimonial al conjunto de normas, adoptadas por los cónyuges o determinadas por la ley, que delimitan los intereses pecuniarios que derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en las relaciones de éstos con terceros.

B. *Naturaleza*. La naturaleza del régimen patrimonial matrimonial es institucional. En efecto, el régimen patrimonial matrimonial es un complejo de normas adoptadas por los cónyuges (cuando ejercen la facultad que la ley les atribuye de perfeccionar capitulaciones matrimoniales antes de la celebración de la boda) o determinadas por la ley (en el caso de que los contrayentes se casen sin haber determinado, mediante capitulaciones matrimoniales, las normas que regirán las relaciones patrimoniales durante su matrimonio).

El régimen patrimonial matrimonial siempre está vinculado al matrimonio constituyendo un accesorio de él.

C. *Fundamento*. El fundamento del régimen patrimonial es el matrimonio mismo. La razón es muy sencilla. El matrimonio produce efectos patrimoniales que es menester regular.

En este sentido el autor español José Luis Lacruz Berdejo hace notar:

> «El matrimonio, desde el momento que supone el *consortium omnis vitae* de dos personas para realizar un fin común específico, sin duda extrapatrimonial, pero de gran proyección material y pecuniaria, exige a su vez una regulación especifica de los medios económicos que sirven a tal fin. Esta regulación versa, al menos, sobre lo que es inevitable en un matrimonio: el soporte económico del hogar. La vida en común de marido y mujer supone una serie de gastos: atenciones personales suyas y de los hijos (alimentación, crianza, educación, establecimiento); atenciones de personas frente a las cuales están obligados los cónyuges, actividades comunes que ocasionan dispendios que no deben ser soportados por sólo uno de aquéllos. Es preciso determinar, al menos, cómo ha de acudirse a estos gastos y quién debe soportarlos (problema de la contribución a las cargas del matrimonio), determinación que constituye el elemento mínimo necesario de las relaciones conyugales y la raíz del régimen matrimonial. Pero el problema de la contribución a las cargas conyugales no es el único que plantea el matrimonio. La familia no es ordinariamente, una simple cooperativa de consumo de cosas y servicios ajenos; de una parte, juegan en ella importante papel los servicios realmente invaluables en su conjunto, que cada cónyuge aporta, en la medida de sus fuerzas, a la vida del hogar y la familia; de otra, frecuentemente las actividades adquisitivas de un cónyuge (más generalmente, el marido) se ven fomentadas y reforzadas por la ayuda del otro (más generalmente la mujer). Así, en los bienes adquiridos constante matrimonio por uno de los cónyuges, parece que el otro, ya por razón de los servicios prestados al hogar mientras su consorte desarrolla la actividad adquisitiva fuera de él, ya por la colaboración directa y más o menos homogénea con su cónyuge, debe haber alguna participación. Determinar cuál sea ésta y en qué forma ha de tenerse y percibirse es, en su caso, otro de los temas del Derecho matrimonial patrimonial. Un régimen matrimonial es un conjunto coherente de soluciones a todos esos problemas: La respuesta del Derecho ante una serie de intereses y problemas pecuniarios a los que ha dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular». [43]

D. *Distintos sistemas o regímenes patrimoniales matrimoniales.* Teóricamente, los sistemas patrimoniales matrimoniales posibles, son infinitos. El sistema patrimonial matrimonial depende de la situación económica y social, del medio histórico, de consideraciones morales y a su vez influye sobre la circulación de los bienes, el crédito, la cohesión de la familia; de allí que sea ésta una de las materias que más profundas transformaciones experimenta.

---

[44] José Luis Lacruz Berdejo, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, págs. 235 y ss.

Para dar solamente una idea de algunos de los sistemas patrimoniales matrimoniales más conocidos, vamos a clasificarlos en atención a dos criterios distintos.

a) *Por razón de su origen*

1. *Sistema contractual.* Se llama así al que deja a los cónyuges en libertad para estipular, dentro de límites más o menos amplios, su régimen patrimonial matrimonial.

Algunos autores critican este sistema aduciendo que la forma en que sean organizados, en el aspecto económico, los efectos del matrimonio, no es indiferente a la sociedad y al Estado y, por tal razón, no puede depender de la voluntad o del capricho de los contrayentes. Sin embargo, lo cierto es que este sistema se ha impuesto en el Derecho moderno en atención a los beneficios que reporta al matrimonio, la circunstancia de que exista en la ley, elasticidad suficiente para que las personas que proyectan contraer matrimonio, puedan escoger el régimen patrimonial matrimonial que mejor se adapte a sus aspiraciones y a su particular situación.

Algunos tratadistas franceses se han pronunciado por la obligatoriedad de las capitulaciones o pactos matrimoniales, mediante los cuales los contrayentes señalarían el sistema que habría de regir sus relaciones patrimoniales matrimoniales. La escogencia de dicho sistema, en este orden de ideas, dejaría de ser una facultad, un derecho, para convertirse en una obligación. Tal obligatoriedad se podría asegurar preguntando el funcionario competente que presencie el matrimonio, a los contrayentes, en el mismo acto de la celebración, qué régimen patrimonial matrimonial desean adoptar.[44] Pero en los ordenamientos jurídicos vigentes no existe, por regla general, esta obligatoriedad.

Como quiera que la escogencia del sistema patrimonial matrimonial no suele ser una obligación para los contrayentes, sino una facultad, todos los ordenamientos jurídicos, que son los más, que acogen el sistema contractual, señalan un sistema legal supletorio, para el caso de que los interesados no ejerzan la facultad que la ley les atribuye y no estipulen ninguno.

Dentro del sistema contractual existen dos especies:

– Sistema contractual de libertad absoluta. En este sistema la libertad de los interesados para escoger su régimen patrimonial matrimonial es más o menos ilimitada. Es conveniente advertir que las legislaciones que adoptan este sistema, generalmente, establecen ciertas restricciones a la libertad reconocida a los cónyuges en esta materia.

---

[44] Henri Coulon, *De la réforme du mariage*, pág. 251.

— Sistema contractual de libertad de elección. La libertad de los futuros contrayentes se limita a elegir uno de los sistemas patrimoniales matrimoniales regulados por la ley (Alemania, Suiza, Méjico, Chile, etc.).

2. *Sistema legal*. Es el sistema patrimonial matrimonial regulado en la ley. Puede ser:

— Sistema legal obligatorio. Se llama así al que no reconoce a los contrayentes facultad para estipular su régimen patrimonial matrimonial. En consecuencia, todos los matrimonios tienen, necesariamente, idéntico régimen: el señalado y regulado por la ley.

— Sistema legal supletorio. De acuerdo con este sistema, el régimen patrimonial matrimonial regulado por la ley se aplica para suplir la falta de régimen estipulado por los interesados. Las legislaciones que adoptan este sistema señalan un régimen patrimonial matrimonial que se aplicará en el caso de que los futuros contrayentes no hagan uso del derecho que la ley les reconoce de determinarlo, mediante pactos o capitulaciones matrimoniales. Es un sistema que se aplicará independientemente de la voluntad de los cónyuges, pero sólo cuando éstos no ejercen, oportunamente, la facultad que la ley les confiere de seleccionar su sistema patrimonial matrimonial.

Todas las legislaciones que adoptan el sistema contractual, consagran también un régimen legal supletorio, para el caso de que los esposos no estipulen oportunamente su régimen patrimonial matrimonial.

b) *Por razón de sus efectos: Sistemas de absorción, de comunidad, de separación y participación.*

1. *Sistema de absorción*. El marido se hace dueño de todos los bienes aportados por la mujer al matrimonio.

— Sistema de absorción propiamente dicha. Todos los bienes de la mujer, presentes y futuros, al contraer aquélla matrimonio, son absorbidos por el patrimonio del marido. Fue el sistema propio del Derecho Romano primitivo y del germánico. En Inglaterra se conoció hasta fines del siglo XIX. Hoy ya no está consagrado en ninguna legislación occidental.

— Sistema de unidad de patrimonio. Con la celebración del matrimonio el marido adquiere la propiedad de los bienes de la mujer con excepción de algunos, que son los llamados bienes reservados; los cuales, aunque continúan siendo propiedad de la esposa, son administrados y

usufructuados por el marido durante el matrimonio. Disuelto éste, la mujer o sus herederos, según el caso, recuperan el usufructo y la administración sobre los bienes reservados.

2. *Sistema de comunidad de bienes.* Se caracteriza este sistema porque en él existe una masa de bienes comunes integrada por la totalidad de los bienes de los cónyuges (comunidad universal) o por parte de ellos (comunidad limitada) cuyas rentas son destinadas a los gastos de mantenimiento de la familia y que, cuando se disuelve la comunidad, se reparten entre los cónyuges o sus herederos. En cuanto a la administración de los bienes comunes, no es factible establecer *de iure* preferencia de uno de los esposos sobre el otro, en orden a la gestión de tales bienes; pero el reconocimiento tradicional de la potestad marital, ha determinado una posición privilegiada del marido a este respecto. Sin embargo, la evolución que ha sufrido tal potestad y la supresión de ella, característica de las legislaciones de nuestra época, ha variado la situación.

   Sus variedades son:

a) Sistema de comunidad universal de bienes. En esta especie de comunidad integran la masa común de bienes todos los de los cónyuges, presentes y futuros, muebles e inmuebles, adquiridos a título gratuito u oneroso.

   No es éste un sistema patrimonial muy difundido. En Holanda y Brasil se consagra como régimen optativo y en Alemania, Francia y Chile se le admite como convencional.

b) Sistema de comunidad limitada de bienes. En este sistema la masa común de bienes está integrada sólo por ciertos bienes, de manera que, además de los comunes, existen también o pueden existir bienes propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges. Según la especie de elementos patrimoniales que constituyen la masa común, la comunidad limitada puede ser:

— Comunidad limitada de bienes muebles. Constituyen los bienes comunes todos los bienes muebles presentes y futuros, adquiridos a título gratuito u oneroso. Pero sólo los bienes muebles, de suerte que los inmuebles pertenecen en forma exclusiva al marido o a la mujer. Este régimen está previsto, como convencional, en el Código Civil suizo.

— Comunidad limitada de adquisiciones a título oneroso o gananciales. Los bienes comunes están integrados por las rentas de los esposos, los producidos por el trabajo de cada uno de ellos, las economías hechas con estas rentas o productos y las adquisiciones a título oneroso realizadas durante el matrimonio. Son bienes de propiedad exclusiva de los cónyuges los que pertenecían a cada uno de ellos para la fecha

del matrimonio y los adquiridos durante él, a título gratuito. Es el régimen legal supletorio en Venezuela, también en Chile y en Perú.

— Comunidad limitada de muebles y gananciales. Son comunes los bienes muebles presentes y futuros, adquiridos a título gratuito u oneroso y las adquisiciones a título oneroso realizadas durante el matrimonio. Son propios de cada uno de los cónyuges los inmuebles que le pertenecen al momento de la celebración del matrimonio y los que adquiera, a título gratuito durante él. Es acogido, como régimen legal, en Bélgica.

— Comunidad limitada de bienes futuros. La masa común de bienes está integrada por todos los muebles e inmuebles, adquiridos a título gratuito u oneroso, durante el matrimonio. Son bienes propios de cada cónyuge los bienes presentes; es decir, los que pertenecen a cada uno de aquéllos, para el momento de la celebración del matrimonio.

3. *Sistema de separación.* Es aquel en que cada cónyuge conserva la propiedad de todos sus bienes. Según que, además de la propiedad de todos sus bienes, cada cónyuge tenga la administración y goce sobre ellos, con absoluta independencia, o que estas últimas facultades sean atribuidas al marido, el régimen de separación puede adoptar las siguientes modalidades: Sistema de separación absoluta, de separación con unidad de administración, llamado también sistema de reunión o régimen dotal.

— Sistema de separación plena o absoluta. Cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de sus bienes y el goce y administración de los mismos. Los bienes de los esposos se mantienen separados no sólo en cuanto a su propiedad, sino también en cuanto a su goce y administración.

— Sistema de separación con administración única o sistema de reunión. Cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de sus bienes, de los que tenga para el momento del matrimonio y de los que obtenga durante él, pero la administración y goce corresponden al marido, por lo que también se denomina este sistema «Régimen de administración y disfrute maritales». El referido sistema introduce en la separación de bienes propios de cada cónyuge, la idea de la comunidad referida a la administración y goce. Las rentas de los bienes propios del marido y de la mujer forman un caudal único cuya administración corresponde al marido, quien debe aplicarlo a la satisfacción de las necesidades comunes. Disuelto el matrimonio, la mujer o sus herederos, según el caso, recuperan el goce y la administración sobre sus bienes. El excedente de rentas de los bienes de la mujer que pudiera existir se divide entre los cónyuges. Es sistema operativo en Alemania, Bélgica, Haití, República Dominicana.

– Régimen o sistema dotal. En este sistema lo característico es que junto al patrimonio separado de cada uno de los cónyuges, existen bienes propios de la mujer que se entregan al marido en administración y usufructo, para atender los gastos comunes del matrimonio y que, a la disolución de éste, deben ser restituidos a aquélla.

Es sistema optativo en Alemania Occidental, Bélgica, Italia, Portugal.

4. *Sistema de participación*. Se conoce también con el nombre de régimen de separación con comunidad diferida. Es una posibilidad intermedia entre el sistema de separación y el de comunidad. En efecto, en el régimen de participación, los cónyuges, durante el matrimonio, conservan, cada uno de ellos, la propiedad y la administración de sus bienes, pero, cuando se disuelve el matrimonio, cada uno de los esposos ostenta un derecho de participación que puede darse sobre la totalidad de los bienes (sistema de participación universal) o sobre una determinada categoría de ellos (régimen de participación en los bienes gananciales, régimen de participación en los bienes muebles y gananciales). Lo particular de este sistema es que funciona como un régimen de separación y se liquida como uno de comunidad. Permite la conservación de la propiedad y administración sobre los bienes privativos de cada cónyuge y atribuye a ambos, a la disolución del matrimonio, una coparticipación en la totalidad o en ciertas categorías de sus respectivos bienes.

Para algunos autores éste es un sistema patrimonial matrimonial que resulta ampliamente beneficioso, ya que mediante su aplicación, es posible obtener ventajas del régimen de separación y del de comunidad, obviando sus inconvenientes. Así, Fernández Cabaleiro, opina:

> «Hay que destacar la importancia del fenómeno de la interpenetración de los regímenes tradicionales que conduce directamente a la existencia del régimen de participación, caracterizado por recoger en un amplio abanico todos los sistemas matrimoniales que atienden a la doble finalidad siguiente:
>
> 1. Completa igualdad de los esposos en la gestión de sus respectivos patrimonios.
>
> 2. Participación de ambos cónyuges en los resultados económicos del matrimonio».[45]

Por su lado sus detractores piensan que, por una parte, no satisface los postulados de unidad de dirección y cohesión familiar y, por la otra, no obvia el mayor inconveniente del régimen de comunidad, que es, precisamente, su liquidación.

---

[45] Cfr. Fernández Cabaleiro, *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, págs. 294 y ss.

Es régimen optativo en Francia y en España, y supletorio en Costa Rica.

E. *Sistema venezolano.* El régimen patrimonial matrimonial que acoge el Derecho venezolano vigente es el sistema contractual de libertad absoluta. Nuestra legislación, desde el Código Civil de 1862 hasta el actual, ha reconocido siempre una amplia libertad a los futuros contrayentes, para estipular, con ciertas limitaciones, las normas jurídicas que van a integrar su régimen patrimonial matrimonial. Fuera de las restricciones previstas en la ley (artículos 141, parte final; 142 y 1.650 del Código Civil y artículo 34 Ley sobre Derecho de Autor), los futuros contrayentes pueden acordar, mediante sus capitulaciones matrimoniales, lo que crean más favorable en relación con la regulación de sus relaciones patrimoniales matrimoniales.

El artículo 141 del Código Civil vigente establece:

> «El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley».

Como toda legislación que adopta el sistema contractual o convencional de libertad absoluta, la nuestra prevé, para el caso de que los futuros contrayentes no hagan uso del derecho que la ley les reconoce de estructurar por sí mismos su régimen patrimonial matrimonial, un régimen legal supletorio; es decir, un régimen determinado en la ley y de aplicación forzosa, pero sólo cuando los contrayentes no ejerzan la facultad de estipular el régimen de los bienes en su matrimonio. El régimen legal supletorio en nuestro país es el de comunidad limitada de gananciales, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 148 del Código Civil que preceptúa:

> «Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio».

En otros términos, conforme a nuestra legislación vigente, los futuros contrayentes tienen la facultad, que no la obligación, de determinar su régimen patrimonial matrimonial. Como es una facultad, pueden o no ejercerla. Si la ejercen y eligen su régimen patrimonial, el señalado por ellos será el que regulará sus relaciones económicas o pecuniarias, durante el matrimonio. Si no la ejercen, «si no hubiere convención en contrario», actúa la ley, suple el vacío dejado por los interesados e impone el sistema legal que es el de la comunidad limitada de gananciales.

II. Capitulaciones matrimoniales

La facultad que tienen los futuros contrayentes, de conformidad con nuestra legislación vigente, de estipular su régimen matrimonial, se ejerce mediante la celebración de pactos o capitulaciones matrimoniales.

1. *Concepto*

Las capitulaciones matrimoniales son pactos o convenios perfeccionados por los futuros contrayentes con el objeto de determinar el régimen económico o patrimonial del matrimonio. Son pactos o acuerdos que celebran un hombre y una mujer en atención al futuro matrimonio que proyectan contraer, para fijar el régimen conyugal de bienes.

2. *Naturaleza jurídica*

En torno a la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales, existen posiciones diferentes. Así, ordinariamente se han considerado *como contratos condicionales* en los cuales la condición suspensiva es la celebración del matrimonio. Se le objeta a esta opinión que, en los contratos sometidos a una condición suspensiva, cuando se da el hecho futuro e incierto del cual depende su eficacia, los efectos de tal contrato, se retrotraen al momento de su celebración y esto no ocurre en el caso de las capitulaciones matrimoniales porque, dada la condición, celebrado el matrimonio, no se produce la retroacción de los efectos de las capitulaciones desde el momento de su celebración, sino que sus efectos comienzan sólo a partir de la celebración del matrimonio.

Otra opinión sostiene que las capitulaciones matrimoniales son contratos *sujetos a término* inicial que sería el matrimonio. La crítica es sencilla. El término es un hecho futuro y cierto del cual depende la ejecución (término inicial) o la extinción (término final) de la obligación. El término es, pues, siempre un hecho futuro, pero *cierto* y el matrimonio a celebrarse no puede constituir, por tal motivo, un término, pues no puede tenerse la certeza de que se celebrará.

Autores franceses como Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Josserand sostienen que las capitulaciones matrimoniales son un *contrato accesorio al matrimonio*. Mediante la accesoriedad al matrimonio, característica de los pactos matrimoniales, se explica el sometimiento de los efectos de éstos a la celebración de aquél.

José Castán Cobeñas, reforzando la posición de Enneccerus, cree que el matrimonio constituye, si no una verdadera condición, una *conditio iuris.*[46]

---

[49] Cfr. José Castán Cobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, pág. 302.

3. *Características de las capitulaciones matrimoniales*

A. *Son contratos bilaterales* porque la finalidad de las capitulaciones matrimoniales es determinar el régimen conyugal de los bienes y de éste siempre derivan obligaciones para ambos cónyuges.

B. *Son contratos accesorios al matrimonio,* porque las capitulaciones matrimoniales están subordinadas al matrimonio, que es el acto principal. No puede siquiera concebirse la eficacia de los pactos matrimoniales independientemente de la celebración del matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales sólo producen efecto a partir de la celebración del matrimonio y mientras éste se mantenga. Si el matrimonio en atención al cual se celebraron, no llega a contraerse, las capitulaciones caducan y no producen efecto alguno; si el matrimonio es declarado judicialmente nulo, las capitulaciones corren su misma suerte, quedarán eliminadas de la vida jurídica como si no se hubiesen celebrado jamás; si el matrimonio declarado nulo vale como putativo, serán eficaces las capitulaciones en lapso comprendido entre la celebración del matrimonio y la fecha de la sentencia definitiva y firme que declare su nulidad, porque en ese lapso es también eficaz el matrimonio.

C. *Son contratos solemnes* porque en su perfeccionamiento deben cumplirse las formalidades previstas en la ley.

El artículo 143 del Código Civil, preceptúa:

> «Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad».

D. *Son contratos intuitu personae,* son contratos personalísimos como personalísimo es el matrimonio, del cual dependen. Las capitulaciones matrimoniales sólo existen entre los cónyuges.

E. *Sólo pueden celebrarse antes del matrimonio.* Si se contrae el matrimonio sin haber perfeccionado previamente capitulaciones matrimoniales, éstas no podrán ya celebrarse y, en consecuencia, a ese matrimonio se aplicará el régimen legal supletorio, es decir, la comunidad limitada de gananciales.

Las capitulaciones matrimoniales son acuerdos previos a la celebración del matrimonio. El Código Civil exige el otorgamiento anterior al matrimonio; su artículo 143 así lo establece.

F. *Son contratos inmutables* porque no pueden ser modificadas después de celebrado el matrimonio y mientras éste subsista. Las capitulaciones matrimoniales pueden modificarse *sólo* antes de la celebración del matrimonio y para que sean válidas tales modificaciones, es menester que se registren en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde vaya a celebrarse el matrimonio y antes de su celebración.

Después de celebrado el matrimonio, no pueden modificarse los pactos o capitulaciones matrimoniales.

4. Libertad de contratación y sus limitaciones

En nuestro país, la ley reconoce a los contrayentes amplia libertad para estipular su régimen patrimonial matrimonial a través de las capitulaciones matrimoniales.

El fundamento de tal libertad no es otro que la autonomía de la voluntad, principio que campea en materia contractual.

Pero esa libertad de pacto, aunque amplia, no es ilimitada, porque no puede serlo. Todas las legislaciones que acogen el sistema patrimonial matrimonial convencional de libertad absoluta, entre ellas la nuestra, establecen restricciones a esa libertad.

Limitaciones a la libertad de contratación de las capitulaciones matrimoniales. En verdad la libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales no tiene otro límite que la imposibilidad de estipular cláusulas contrarias a las leyes, a normas en cuyo cumplimiento esté interesado el orden público y las buenas costumbres. Así, conforme al artículo 141 del Código Civil, «El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley». Significa esta disposición que las partes no pueden incluir en sus convenios, normas contrarias a las leyes vigentes.

El artículo 142 del Código Civil establece:

> «Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas de este Código y a las establecidas sobre divorcio, separación de cuerpos, emancipación, tutela y sucesión hereditaria».

En relación con la disposición contenida en el artículo preinserto es necesario aclarar que los deberes conyugales son materia de orden público; lo mismo ocurre con el divorcio, la separación de cuerpos, la tutela y la emancipación; las normas que regulan tales instituciones son de orden público y, en consecuencia, no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares, según dispone el artículo 6° de nuestro Código Civil.

Por lo que respecta a la imposibilidad en que se encuentran los futuros contrayentes de estipular, en sus capitulaciones matrimoniales, pactos contrarios a las disposiciones sobre sucesión hereditaria, es menester indicar que, conforme al artículo 1.156 C.C., aparte único, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate y, por eso, tales estipulaciones que se convinieren en los pactos o capitulaciones matrimoniales quedarían viciadas de nulidad por constituir convenios sobre sucesión futura y ser ésta objeto ilícito en todo tipo de contrato.

Prohíbe también el Código Civil, en su artículo 1.650, regímenes de comunidad diferentes a la de comunidad de gananciales, salvo que se especifiquen los bienes que han de considerarse comunes.

En efecto, el artículo 1.650 del Código Civil establece lo siguiente:

> «Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros, o de unos u otros.
>
> Se prohíbe asimismo, toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges.
>
> Pueden, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quieran, especificados».

Una última limitación a la libertad de pactar en las capitulaciones matrimoniales es la prevista en el artículo 34 de la Ley sobre el Derecho de Autor, según el cual el derecho de una persona sobre obras de su ingenio o del ingenio de un tercero, de que llegue a ser titular, le pertenece de manera exclusiva aun cuando tal persona hubiere convenido lo contrario en capitulaciones matrimoniales que hubiere celebrado.

5. *Condiciones de las capitulaciones matrimoniales*

A. *Tiempo en que han de celebrarse* (art. 143 C.C.). El artículo 143 de nuestro Código Civil impone que las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse antes de celebrar el matrimonio, so pena de nulidad y el artículo 144, reitera, refiriéndose a las modificaciones de las capitulaciones, la necesidad de que se registren con anterioridad a la celebración del matrimonio, para que sean válidas.

El fundamento alegado para la exigencia del otorgamiento previo al matrimonio, de las capitulaciones, se encuentra en la doble consideración de que es necesario asegurar la libertad del consentimiento que, durante el matrimonio, puede fallar, por la influencia o hasta coacción de un cónyuge sobre el otro y de que es menester proteger a terceros haciendo posible, mediante el perfeccionamiento de las capitulaciones, previo al matrimonio, que conozcan el régimen estipulado por los esposos.

Hoy día tal fundamento ha sido seriamente atacado refutándose sobre la base de que siempre será posible e inevitable por el Derecho, la influencia del fuerte sobre el débil y de que el perjuicio de los terceros en sus intereses puede evitarse mediante el establecimiento de un Registro especial de capitulaciones matrimoniales, como el que ya existe en Suiza y Alemania.

La necesidad del otorgamiento previo a la celebración del matrimonio, de las capitulaciones matrimoniales, determina la inalterabilidad de éstas luego de contraído el matrimonio en relación al cual se han perfeccionado. La evolución hacia la mutabilidad de los pactos matrimoniales es la nota característica de las legislaciones europeas, iniciada por la ley holandesa de 1956. Así, la reforma española del 2 de mayo de 1975 consagra la variabilidad de las capitulaciones después del matrimonio y la posibilidad de celebrarlas por primera vez, aun cuando el matrimonio se contrajera bajo el régimen legal.

Sin embargo, la Ley de Reforma Parcial del Código Civil que entró en vigencia en Venezuela el 26 de julio de 1982, no consagra la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales con posterioridad al matrimonio, ni de modificar en tal oportunidad las otorgadas previamente. Por esta razón debe concluirse que, en nuestro país, las capitulaciones matrimoniales sólo pueden otorgarse o modificarse antes de la celebración del matrimonio.

B. *Capacidad necesaria para otorgar capitulaciones matrimoniales. Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptalia.* Quien es capaz para contraer matrimonio, es capaz para celebrar capitulaciones matrimoniales. Sería absurdo que quien puede casarse, no pueda estipular, conjuntamente con la persona con quien va a contraer matrimonio, el régimen patrimonial matrimonial que ha de regular las relaciones patrimoniales derivadas de aquél.

La capacidad que se requiere para otorgar capitulaciones matrimoniales, por regla general, es la misma que se precisa para contraer matrimonio. Por excepción, el *entredicho por causa de condena penal* (condena a pena de presidio), que es hábil para contraer matrimonio, no puede celebrar capitulaciones matrimoniales. Así lo dispone el artículo 23 del Código Penal.

En relación con el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, nuestra legislación y con ella muchas, establece un suplemento de capacidad y exige, para la validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por aquél, la asistencia y aprobación de la persona cuya autorización es necesaria para la celebración del matrimonio (art. 146 C.C.). En consecuencia, las capitulaciones matrimoniales celebradas por menor capaz nupcialmente, quedarán viciadas de nulidad, si faltó la asistencia y aprobación de la persona cuya autorización es requerida para la celebración del matrimonio del otorgante.

José Luis Lacruz aclara que la aprobación necesaria para la validez de las capitulaciones matrimoniales hechas por menor hábil para casarse, es distinta a la autorización para el matrimonio, de suerte que no valdría esta última para convalidar las capitulaciones matrimoniales celebradas sin aquélla.

Si quien está inhabilitado o quien se le esté siguiendo juicio de inhabilitación, va a otorgar capitulaciones matrimoniales, se requiere, para la validez de tales convenciones, la asistencia del curador que tenga o del que se le nombre al efecto, si no se le hubiere nombrado y, además, las predichas capitulaciones deben ser aprobadas por el Juez con conocimiento de causa (art. 146 C.C.).

C. *Formalidades*. Las capitulaciones matrimoniales revisten gran importancia, ya que, mediante ellas, los futuros contrayentes acuerdan el régimen patrimonial que se aplicará en la regulación de los efectos patrimoniales de su matrimonio y al cual están vinculados intereses no sólo de los cónyuges, sino también de los hijos y de la familia; de terceros que contraten con uno u otro de los esposos y el interés económico y social.

Precisamente, por la trascendencia de las capitulaciones matrimoniales, la generalidad de las legislaciones exigen una serie de formalidades en su otorgamiento.

En Venezuela, las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por documento otorgado ante un Registrador Subalterno de la jurisdicción del lugar donde vaya a celebrarse el matrimonio. Pueden también otorgarse por documento auténtico, pero, en este caso, el documento auténtico deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de su celebración (art. 143 C.C.).

El incumplimiento de las formalidades exigidas por la ley en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, las afecta de nulidad.

Sabemos que los pactos matrimoniales pueden ser modificados por acuerdo de las partes, antes de la celebración del matrimonio en relación con el cual se convinieron. Pues bien, si tal es el caso, para que las modificaciones de las capitulaciones sean válidas tienen que inscribirse en la Oficina Subalterna de Registro del lugar donde haya de celebrarse el matrimonio, antes de que se verifique la celebración (art. 144 C.C.).

Además, en caso de modificación de las capitulaciones matrimoniales, al margen de los protocolos que contengan las capitulaciones primitivas, debe el Registrador Subalterno dejar constancia de la existencia de la

escritura que contenga la modificación. De no hacerlo así, la modificación, aun cumplidas las formalidades de inscripción en el Registro Subalterno, quedará sin efectos frente a terceros, será inoponible a éstos (art. 145 C.C.).

D. *Publicidad de las capitulaciones matrimoniales.* Como quiera que el régimen matrimonial interesa no sólo a los cónyuges sino también a terceros, es conveniente y necesario asegurar la publicidad de las capitulaciones matrimoniales para que puedan ser conocidas por aquéllos.

En algunos países, Suiza y Alemania, por ejemplo, existen Registros especiales para las capitulaciones matrimoniales.

En Venezuela no existe un Registro de esta clase y, por ello, la publicidad de los convenios matrimoniales se logra a través de su inscripción y la de sus modificaciones, en la Oficina Subalterna de Registro competente.

El ordinal 4.° del artículo 19 del Código de Comercio impone, además, para el caso de que alguna de las partes sea comerciante, la obligación de inscribir las capitulaciones matrimoniales en el Registro Mercantil con jurisdicción en el domicilio respectivo.

6. *Efectos de las capitulaciones matrimoniales*

El efecto de las capitulaciones matrimoniales es regular las relaciones patrimoniales matrimoniales. Tales efectos comienzan a partir de la celebración del matrimonio y subsisten durante él, a menos que sean declaradas judicialmente nulas, caso en el cual, si la nulidad declarada judicialmente es total, el régimen patrimonial acordado en ellas queda sin efecto y, en consecuencia, es sustituido por el régimen legal supletorio. Si las capitulaciones han sido declaradas parcialmente nulas judicialmente, queda sin efecto sólo la parte de ellas afectada por la sentencia correspondiente y la parte restante continúa rigiendo las relaciones patrimoniales matrimoniales.

Es necesario advertir que la declaración judicial de nulidad de las capitulaciones matrimoniales no debe afectar los derechos de terceros de buena fe, adquiridos con anterioridad a la declaración de nulidad y que la sentencia definitiva y firme que declare tal nulidad debe ser registrada; y debe, además, dejarse constancia de ella al margen de los protocolos que contienen el convenio que queda, total o parcialmente, sin efecto.

7. *Prueba de las capitulaciones matrimoniales*

La existencia de las capitulaciones matrimoniales se comprueba a través de la copia certificada del documento que las contenga, protocolizado en la Oficina Subalterna de Registro con jurisdicción en el lugar donde se celebró el matrimonio.

Si hubiere habido modificaciones al acuerdo primitivo, tales modificaciones de conformidad con nuestra legislación y como ya hemos estudiado, deben ser registradas, igualmente, antes de la celebración del matrimonio. El funcionario competente, además, debe estampar, en el protocolo contentivo del acuerdo inicial, nota marginal en la que se deje constancia de la existencia del documento reformatorio. Si éste es el caso, la copia certificada de las capitulaciones matrimoniales debe incluir la referida nota.

8. *Nulidad de las capitulaciones matrimoniales*

Es una de las causas de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales.

A. *Concepto.* Es la sanción civil determinada por la transgresión de una disposición legal en el acto mismo de su celebración y cuyo efecto es eliminar las capitulaciones totalmente, o la parte afectada por el vicio, de la vida jurídica, dejarlas sin efecto.

En este concepto destacan tres elementos importantes:

a) La nulidad de las capitulaciones matrimoniales es una sanción. Ciertamente, la eliminación de las capitulaciones matrimoniales, total o parcialmente de la vida jurídica, teniéndolas por no celebradas, constituye un castigo para quienes las otorgaron.

b) La causa de la nulidad de las capitulaciones matrimoniales es la transgresión de una disposición legal en el acto mismo de su celebración; existe la causa para el momento de la celebración.

c) El efecto de la nulidad de las capitulaciones matrimoniales es su eliminación de la vida jurídica total o parcialmente.

B. *Clases de nulidad.* La nulidad de las capitulaciones matrimoniales puede ser total o parcial.

Es total cuando el vicio o irregularidad afecta a toda la convención o a una parte esencial de ella. Por ejemplo, si se estipula en las capitulaciones matrimoniales, el régimen de comunidad universal.

Es parcial cuando la irregularidad afecta sólo una o varias cláusulas no esenciales de las capitulaciones. En este caso, cuando la nulidad es declarada judicialmente, desaparece de la vida jurídica sólo la parte viciada y el resto conserva su eficacia. Por ejemplo, si en las capitulaciones matrimoniales se establece una cláusula sobre sucesión futura.

C. *Nulidad absoluta y nulidad relativa*

a) *La nulidad absoluta de las capitulaciones matrimoniales*

a') Concepto: Es la sanción acarreada por la transgresión, en la celebración de las capitulaciones matrimoniales, de normas en cuya observancia está interesado el orden público o las buenas costumbres.

b') Casos:

1. Capitulaciones matrimoniales en las cuales no se han cumplido las solemnidades impuestas por la ley.

2. Capitulaciones matrimoniales en las cuales se haya violado prohibiciones legales consagradas por razones de orden público. Así, las capitulaciones en las cuales se conviene un régimen de comunidad universal o de participación; capitulaciones otorgadas por un entredicho civil por condena penal.

3. Capitulaciones matrimoniales que incluyen convenios sobre sucesión futura o en detrimento de los deberes y derechos que tienen los cónyuges en la familia o contrarios a las disposiciones legales sobre divorcio, separación de cuerpos, tutela o emancipación.

4. Capitulaciones matrimoniales en las que queda indeterminado e indeterminable, en forma absoluta, el régimen matrimonial que los contrayentes desearon escoger.

5. Capitulaciones matrimoniales convenidas a término o a condición o modificadas después de la celebración del matrimonio.

c') Caracteres:

1. La acción para demandar la declaración judicial de la nulidad absoluta de las capitulaciones matrimoniales, puede ser ejercida por las partes y también por terceros con interés legítimo.

2. La acción prescribe en un lapso de diez años, contado a partir del momento en que queden sin efecto las capitulaciones.

3. Las capitulaciones matrimoniales o la parte de ellas viciada de nulidad absoluta, no puede ser confirmada o ratificada.

b) *La nulidad relativa de las capitulaciones matrimoniales*

a') Concepto: Es la sanción determinada por la transgresión, en el acto de la celebración, de normas jurídicas establecidas por el legislador únicamente para proteger a alguna de las partes o a ambas.

b') Casos:

1. Capitulaciones celebradas por incapaz.

2. Capitulaciones celebradas por menor autorizado por la ley para contraer matrimonio, sin la autorización de las personas que deben prestarla o por inhabilitado o persona que se encuentra en proceso de inhabilitación, sin la autorización de su curador o del que se le nombre al efecto o sin la autorización judicial.

3. Capitulaciones matrimoniales acordadas con vicios del consentimiento.

4. Capitulaciones que incluyan cláusula que implique venta de cosa ajena.

c') Caracteres:

1. La acción para demandar la nulidad relativa de las capitulaciones matrimoniales o de parte de ellas, sólo puede ser ejercida por la parte en cuya protección fue establecida la norma violada.

2. La acción de nulidad relativa de las capitulaciones matrimoniales prescribe en un lapso de cinco años, contado a partir de la fecha en que ha cesado o se ha descubierto la irregularidad que afecta el convenio.

3. Las capitulaciones matrimoniales o la parte de ellas afectada de nulidad relativa, pueden ser ratificadas o confirmadas.

D. *Otras causas de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales: La caducidad y la inoponibilidad*

a) Caducidad de las capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones matrimoniales caducan por la no celebración del matrimonio en relación al cual se acordaron o por declaración judicial de nulidad del mismo.

Observemos que, como en todo caso de caducidad de un acto jurídico, sus causas están constituidas por circunstancias extrañas al acto mismo y posteriores a él, que determinan su ineficacia.

b) Inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales. Las capitulaciones matrimoniales son inoponibles cuando, conservando su eficacia entre las dos partes, son ineficaces respecto de terceros. Esto ocurre cuando, habiendo los esposos hecho, con observancia de todas las formalidades previstas al efecto por la ley, modificaciones a las capitulaciones matrimoniales inicialmente otorgadas (todo antes de la celebración del matrimonio conforme a nuestra legislación), el Registrador Subalterno no estampa, en los protocolos que contienen el acuerdo primitivo, nota marginal en la cual deje constancia de la modificación.

El artículo 145 del Código Civil establece:

> «Toda modificación en las capitulaciones matrimoniales, aunque revestida de las formalidades preceptuadas en el artículo anterior, queda sin efectos respecto a terceros, si al margen de los protocolos del instrumento respectivo no se ha anotado la existencia de la escritura que contenga la modificación».

En este caso, la enmienda de las capitulaciones no produce efecto alguno frente a terceros, pero sí es eficaz entre las partes, de suerte que los cónyuges tendrán dos regímenes y patrimoniales matrimoniales: uno entre ellos (el acordado en las modificaciones) y otro respecto a terceros (el convenido en las capitulaciones primitivas).

CLASIFICACIÓN DE LA NULIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

DE ACUERDO A LA EXTENSIÓN DEL VICIO	**TOTAL**	El vicio afecta a todo el contrato de capitulaciones matrimoniales o a una cláusula esencial.
	PARCIAL	El vicio sólo afecta una o varias cláusulas no esenciales.
DE ACUERDO A LA ESPECIE DE NORMA VIOLADA	**ABSOLUTA**	Cuando la norma violada en el perfeccionamiento del contrato de capitulaciones matrimoniales es de **orden público**.
	RELATIVA	Cuando la norma transgredida en el perfeccionamiento del contrato de capitulaciones matrimoniales **no es de orden público**, sino de las establecidas por el legislador para proteger el interés de una de las partes o de ambas.

Capítulo XII

RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO: LA COMUNIDAD LIMITADA DE GANANCIALES. CARACTERÍSTICAS. BIENES COMUNES. BIENES PROPIOS DE LOS CÓNYUGES. CARGAS DE LA COMUNIDAD. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES. DERECHO DE DISPOSICIÓN DEL MARIDO Y DE LA MUJER. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES. SU LIQUIDACIÓN.

I. Régimen legal supletorio: La comunidad limitada de gananciales

En Venezuela, como hemos estudiado, nuestra legislación, en lo atinente al régimen patrimonial matrimonial, acoge el sistema convencional de libertad absoluta, en virtud del cual acuerda a los futuros contrayentes, una amplia facultad de estipular el régimen que desean que regule sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio.

Pero, como todas las legislaciones que adoptan en esta materia el sistema convencional, la nuestra establece un régimen legal supletorio que es el que ha de aplicarse en el caso de que los futuros contrayentes no ejerzan la facultad que la ley les reconoce de escoger su régimen patrimonial matrimonial y celebren el matrimonio sin haberlo hecho.

El régimen legal supletorio se aplica de manera forzosa, pero sólo cuando los esposos se casan sin haber ejercido el derecho que tienen de determinar su régimen patrimonial matrimonial. En este caso, en atención a la necesidad de régimen patrimonial en todo matrimonio, la ley suple el vacío producido por la falta de escogencia de aquél, por parte de los cónyuges, y ordena la aplicación del régimen legal supletorio.

En nuestro país, el régimen legal supletorio es el de la comunidad limitada de gananciales. En efecto, el artículo 148 del Código Civil preceptúa:

> «Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio».

1. *Concepto.* La comunidad limitada de gananciales es una especie de comunidad limitada en la cual integran la masa común de bienes las adquisiciones a título oneroso; es decir, las ganancias obtenidas por los cónyuges durante el matrimonio por su trabajo y las rentas o productos de los bienes propios o comunes, conservando cada uno de

los esposos la propiedad exclusiva de los bienes que le pertenecían al tiempo del matrimonio, de los que adquiera durante él a título gratuito o a título oneroso por subrogación de otros bienes propios, de los derechos personalísimos y los enseres y objetos de uso personal.

Como régimen de comunidad que es, en la comunidad limitada de gananciales existe una masa de bienes comunes.

Como comunidad limitada, en la comunidad de gananciales no todos los bienes de los cónyuges integran la masa común, sino sólo algunos, de suerte que, al lado de los bienes comunes, existen o, al menos, pueden existir, bienes propios de los cónyuges.

Como comunidad limitada de gananciales, los bienes comunes son las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio.

Nuestro Código Civil no contiene una definición de la comunidad de gananciales, pues el artículo 148, al establecer que «Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio», da sólo una idea de su contenido. Pero complementando esa fórmula con otras disposiciones legales, podemos decir que la comunidad de gananciales es la comunidad que la ley declara existente entre los cónyuges, a falta de estipulación en contrario, y por virtud de la cual se hacen comunes de por mitad las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio (art. 148 C.C.) y los bienes donados o prometidos a uno de los cónyuges, por razón del matrimonio, aun antes de su celebración, a menos que el donante manifieste lo contrario (art. 161 C.C.), conservando cada uno de los cónyuges los bienes que fueran de su propiedad al tiempo del matrimonio y los que adquiera durante él, a título gratuito o a título oneroso, pero por subrogación de bienes propios, los derechos personalísimos y los vestidos, joyas u otros enseres de uso personal (artículos 151 y 152 C.C.).

2. *Características de la comunidad limitada de gananciales*

1. La comunidad de gananciales sólo puede existir entre marido y mujer. Está expresamente prohibida entre otras personas. El artículo 1.650 del Código Civil, en su primera parte, prohíbe la sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges.

2. Las cuotas de copropiedad de los esposos son siempre fijas e invariables. Las ganancias obtenidas durante el matrimonio son comunes de por mitad (art. 148 C.C.).

3. La comunidad de gananciales no puede quedar constituida con anterioridad al matrimonio y cualquier estipulación en contrario será nula (art. 149 C.C.).
4. La comunidad de gananciales sólo se extingue por alguna de las causas taxativamente establecidas por la ley.
5. La comunidad de gananciales está reglamentada exclusivamente por la ley; la voluntad de las partes no interviene en lo relativo a su organización y funcionamiento.
6. La comunidad de gananciales no persigue fines lucrativos, sino facilitar el cumplimiento adecuado de los deberes que derivan del matrimonio.

II. Bienes comunes y bienes propios de los cónyuges. Principios que rigen esta materia

Las legislaciones que adoptan el sistema de comunidad de gananciales como régimen legal supletorio, entre ellas la nuestra, se inspiran para la determinación de los bienes que han de constituir la masa común y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges, en los siguientes principios:

1. *El derivado de la naturaleza de la comunidad de gananciales.* Siendo ésta una comunidad de adquisiciones a título oneroso, se consideran bienes comunes los provenientes de la industria, profesión u oficio de los cónyuges y las rentas de sus bienes propios o comunes; y, por el contrario, son bienes propios los aportados al matrimonio y los adquiridos, a título gratuito, durante él.
2. *El principio de la subrogación real.* En virtud de este principio los bienes adquiridos durante el matrimonio en sustitución de otros, toman o adquieren la misma condición del bien sustituido. Así, si el bien sustituido pertenecía exclusivamente a uno de los cónyuges, el adquirido tendrá esa misma condición, mientras que los adquiridos en sustitución de bienes comunes, toman esta última cualidad.
3. *La presunción legal favorable a la comunidad de gananciales.* Con la finalidad de resolver las dudas que con frecuencia pueden suscitarse acerca del carácter de determinados bienes, las legislaciones establecen la regla supletoria de que los bienes de los cónyuges se tienen por comunes, mientras no se pruebe lo contrario.

Nuestro Código Civil establece esta presunción en su artículo 164, donde dispone:

> «Se presume que pertenecen a la comunidad todos los bienes existentes mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges».

III. Bienes comunes

Como sabemos, en la comunidad de gananciales, junto a los bienes propios de cada cónyuge, se forma una masa común a ambos que son los bienes gananciales, denominados así por proceder de las *ganancias* que por su trabajo, profesión, industria u oficio, obtienen los cónyuges durante el matrimonio y de los rendimientos (frutos, rentas e intereses) que proporcionen los bienes comunes (gananciales) y los propios de cada uno de los esposos. Además, lógicamente, pasan a ser bienes gananciales los bienes que se adquieran con otros gananciales (así, un inmueble comprado con dinero ganancial o caudal común).

El legislador venezolano ha precisado en varios artículos del Código Civil, cuáles son los bienes comunes (cfr. artículos 156, 158, 160, 161, 162 y 163 C.C.). Son los siguientes:

1. *Los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio, a costa del caudal común, bien que se haga la adquisición a nombre de la comunidad o al de uno de los cónyuges* (ord. 1º, artículo 156 C.C.).

Adquisición a título oneroso es aquella en que se obtiene la propiedad de una cosa a cambio de una contraprestación o equivalencia económico-jurídica.

Cuando uno de los cónyuges o ambos adquieren un bien, durante el matrimonio, con caudal común, tal bien es común. Se aplica el principio de la subrogación, pues el bien adquirido con dinero común ha sustituido un bien común, y, por tal razón, toma su misma condición.

Incurre el legislador en impropiedad cuando hace referencia a que los bienes adquiridos durante el matrimonio con caudal común son bienes comunes, bien que se haga la adquisición a nombre de la comunidad o al de uno de los cónyuges. En efecto, la adquisición en ningún caso puede hacerse a nombre de la comunidad, porque la comunidad de gananciales carece de personalidad jurídica. Hubiera debido decir que los referidos bienes son comunes, bien que la adquisición se haga a nombre de ambos esposos o de uno solo de ellos.

Como aclara Francisco López Herrera en sus *Anotaciones sobre Derecho de Familia*,

> «...debe también tenerse en cuenta que son de la comunidad y no del cónyuge adquirente las ganancias obtenidas en juegos, apuestas, loterías, etc., con dinero común: se trata de contratos onerosos, aunque aleatorios y no de beneficios simplemente lucrativos». [47]

---

[47] Cfr. Francisco López Herrera, *Op. cit.*, pág. 466.

2. *Los obtenidos por la industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los cónyuges* (ord. 2.°, artículo 156 C.C.).

Los bienes obtenidos por una persona como consecuencia de su industria, profesión u oficio, son adquisiciones a título oneroso. En este caso, la contraprestación del adquirente es un hacer: su actividad o trabajo. En tal virtud los bienes obtenidos por una persona casada, por su industria, profesión u oficio, son bienes comunes porque son adquisiciones a título oneroso. Se aplica en este caso el principio, ya estudiado, derivado de la naturaleza de la comunidad de gananciales.

Se consideran incluidos en esta especie de bienes comunes no sólo las remuneraciones que cada esposo reciba por su trabajo, durante el matrimonio, sino también los bienes adquiridos con tales remuneraciones. Se aplica aquí el principio de la subrogación real: el bien que se adquiere en sustitución de uno común (remuneraciones obtenidas por el trabajo de uno de los cónyuges), toma esa misma condición. Igualmente, son bienes comunes, además del ingreso que perciba alguno de los cónyuges por su trabajo, como sueldo o salario, todas las prestaciones e indemnizaciones que reciba por su actividad laboral.

En la Ley sobre Derecho de Autor encontramos una excepción a este respecto: En efecto, los derechos de autor que correspondan a uno de los cónyuges, sobre obras de su ingenio —resultado de su trabajo— y adquiridos durante el matrimonio, no son bienes comunes sino propios del cónyuge que mediante su actividad los produjo.

3. *Los frutos, rentas o intereses devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges* (ord. 3° del artículo 156 C.C.).

Los rendimientos (frutos, rentas e intereses) que proporcionen los bienes comunes o los bienes propios de cada uno de los esposos, son bienes comunes. En realidad, la producción de esos frutos depende, en gran medida, de la diligencia y celo puestos en su administración por los cónyuges. Los frutos, rentas e intereses que, durante el matrimonio, produzcan los bienes comunes y también los privativos de los esposos son, propiamente hablando, adquisiciones a título oneroso, logradas mediante la actividad de aquéllos y, en tal virtud, bienes comunes por aplicación del principio derivado de la naturaleza de la comunidad de gananciales.

4. *Por aplicación de esta misma idea tienen carácter ganancial (bienes comunes), los frutos y pensiones derivados del derecho de usufructo o de pensión propios de un cónyuge, en sus cuatro quintas partes, durante los primeros veinte años de matrimonio, e íntegramente, después* (artículo 158 C.C.).

En realidad, el derecho de usufructo y el de pensión (derecho de renta vitalicia o temporal) puede ser bien propio de uno de los cónyuges, si le pertenecían antes del matrimonio o si los adquiere durante el matrimonio a título gratuito o a título oneroso por subrogación de bienes propios. Si, por el contrario, tales derechos (de usufructo o pensión) son adquiridos durante el matrimonio, a costa del caudal común, serán bienes comunes.

En el caso de que el derecho de usufructo o el de pensión sean propios de uno de los cónyuges, sus frutos o rentas, producidos durante el matrimonio, son bienes comunes en sus cuatro quintas partes, durante los primeros veinte años del matrimonio y totalmente después.

La diferencia entre los frutos y rentas producidos por el derecho de usufructo o de pensión, propios de uno de los esposos y los generados por cualquier otro bien privativo de ellos, está en que cuando el bien propio productor es el derecho de usufructo o de pensión, sus frutos o rentas no ingresan íntegramente y desde el inicio del matrimonio, a los bienes comunes (en los primeros veinte años, sólo las cuatro quintas partes; después sí totalmente). En cambio, cuando el bien propio que genera los frutos, rentas e intereses es cualquiera diferente a los derechos del usufructo o de pensión, aquéllos serán comunes, desde el comienzo del matrimonio e íntegramente.

En opinión de autorizados autores patrios, la diferencia anotada sólo puede explicarse como un resabio histórico. [48]

Ciertamente, en las legislaciones modernas no se establece la diferencia a que nos venimos refiriendo. Así, conforme al artículo 1.349, segunda mitad, del Código Civil español, «...los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio» por derechos de usufructo o pensión pertenecientes a uno de los cónyuges, «serán gananciales».

Sin embargo, en la L.R.P. del C.C., promulgada el 26 de julio de 1982, se mantuvo exacta la redacción de la disposición contenida en el artículo 158 del Código del 42.

5. *Las donaciones hechas a alguno de los cónyuges, por razón del matrimonio, aun antes de su celebración, son de la comunidad, a menos que el donante manifieste lo contrario* (artículo 161 C.C.).

Hemos estudiado que en la comunidad de gananciales, son bienes comunes las ganancias o beneficios obtenidos por uno de los cónyuges o

[48] En este sentido, Francisco López Herrera, *op. cit.*, pág. 472.

por ambos, durante el matrimonio. Son bienes propios en cambio los adquiridos por cada uno de los esposos antes del matrimonio y los obtenidos durante él a título gratuito o a título oneroso, por subrogación de bienes propios.

La regla general que indica que son bienes propios de cada uno de los esposos los que adquiera a título gratuito, durante el matrimonio, tiene una excepción constituida precisamente por las donaciones hechas a alguno de los cónyuges con ocasión de aquél y aun antes de su celebración, que son bienes comunes, a menos que el donante manifieste lo contrario.

La razón de esta excepción está en que se trata de donaciones hechas a alguno de los cónyuges, pero por razón del matrimonio y de allí su vinculación con él, lo que explica la consideración de los bienes que la constituyen, como bienes comunes.

Son también bienes comunes el producto del saneamiento por evicción que debe el donante y los intereses o frutos del bien donado, cuando ha habido demora en la entrega, mora que se cuenta a partir del día «en que debió hacerse la entrega y, a falta de plazo, desde la celebración del matrimonio» (artículo 162 C.C.).

6. *El aumento de valor por mejoras hechas en los bienes propios de los cónyuges, con dinero de la comunidad, o por industria de los cónyuges* (artículo 163 C.C.).

El aumento de valor de los bienes propios de los cónyuges por mejoras hechas en ellos, no es adquisición gratuita, sino onerosa, pues tal aumento de valor se obtuvo mediante la inversión de dinero o de la industria de los cónyuges. Si el dinero empleado en las mejoras del bien propio de un cónyuge, es también propiedad exclusiva de él, el aumento de valor corresponderá al cónyuge propietario del bien y del dinero invertido en sus mejoras.

Pero si las mejoras en el bien propio de uno de los esposos se hacen con dinero común o por industria de los cónyuges, el aumento de valor de dicho bien será bien común por aplicación del principio de subrogación real, en el primer caso (el aumento de valor del bien propio sustituyó el dinero común) y por aplicación del principio derivado de la naturaleza de la comunidad de gananciales, en el segundo (el aumento de valor del bien propio se obtuvo por la industria de los cónyuges).

Aplicando estrictamente lo dispuesto en los ordinales 1º y 2º del artículo 156 del Código Civil, resulta que debería ser bien común las mejoras hechas, con dinero común o por la industria de los cónyuges, en los bienes propios de uno de ellos y no el aumento de valor producido por tales mejoras. Pero, por expresa disposición de nuestro legislador, es el aumento de valor determinado por las mejoras y no éstas lo que se considera bien común,

independientemente de que la inversión sea igual, menor o mayor al aumento de valor producido.

IV. Bienes propios de cada uno de los cónyuges

No son bienes gananciales sino privativos de cada uno de los esposos los siguientes:

1. *Los que pertenecen al marido o a la mujer al tiempo de contraer matrimonio* (artículo 151 C.C.). Cada uno de los esposos conserva la propiedad exclusiva de todos los bienes, muebles o inmuebles, obtenidos a título gratuito u oneroso, que tenga para el tiempo en que contrae matrimonio.

   Es conveniente recordar que los bienes donados o prometidos a uno de los cónyuges, por razón del matrimonio, aun antes de su celebración, son bienes propios sólo en el caso de que el donante manifieste que hace la donación exclusivamente a uno de los esposos. Si el donante no hace tal manifestación, los bienes donados con ocasión del matrimonio antes de su celebración, son bienes comunes.

2. *Los que adquiera cada uno de los cónyuges durante el matrimonio, por donación, herencia, legado o por cualquier otro título lucrativo* (artículo 151 C.C.). Pertenecen en forma exclusiva a cada uno de los cónyuges los bienes que obtenga durante el matrimonio por donación, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito: es decir, los adquiridos sin dar contraprestación alguna.

Con motivo de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil el 26 de julio de 1982, surgieron numerosas críticas en relación a la expresión «a título lucrativo» empleada por el artículo 151 de la referida reforma. Se calificó como un «*lapsus calami*» o como error de imprenta la utilización de tal expresión por el legislador, cuando establece que son bienes propios de los cónyuges, además de los que tenían al tiempo de contraer matrimonio, «los que adquieran durante éste por herencia, donación, legado o *por cualquier otro título lucrativo*» porque, en opinión de algunos, los mencionados bienes (adquiridos por herencia, donación o legado) son adquiridos a título gratuito o no lucrativo. Según esta crítica las adquisiciones a título lucrativo se oponen a las a título gratuito, son todo lo contrario a éstas, equivalentes a las adquisiciones a título oneroso y, entonces, sí sería contradictoria la redacción empleada por el legislador del 82. A tal respecto es conveniente observar que en la reforma parcial del Código Civil se mantuvo exactamente igual la expresión «a título lucrativo» para referirla a los bienes adquiridos durante el matrimonio

por herencia, donación o legado. Por otra parte, la expresión a título gratuito equivale a la expresión a título lucrativo; en la adquisición a título gratuito o lucrativo, el adquirente obtiene algo sin dar contraprestación alguna.[49]

Una regla complementaria establece el Código Civil acerca de estos bienes adquiridos por los cónyuges por herencia, donación o legado. Es la contenida en el artículo 153 que, textualmente, dispone:

> «Los bienes donados o dejados en testamento conjuntamente a los cónyuges con designación de partes determinadas, les pertenecen como bienes propios en la proporción determinada por el donante o por el testador, y, a falta de designación, por mitad».

3. *Son también bienes propios los derivados de las accesiones naturales y la plusvalía de dichos bienes, los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges* (artículo 151 C.C.). Francamente innecesaria esta repetición del legislador, habida cuenta de que está haciendo referencia a adquisiciones a título gratuito, comprendidas dentro de las obtenidas «por cualquier otro título lucrativo». En efecto, tanto los bienes derivados de accesiones naturales, como de la plusvalía de los bienes propios y también los tesoros y bienes muebles abandonados que hallare alguno de los cónyuges, constituyen bienes adquiridos a título gratuito, porque fueron obtenidos sin dar contraprestación alguna. Así, en caso de accesión natural, el cónyuge dueño exclusivo de una cosa hace suyo lo que se le une o incorpora por acción de la naturaleza; en caso de plusvalía de los bienes propios de un cónyuge, éste se hace propietario del aumento de valor del bien en virtud de circunstancias ajenas a su propia esencia; cuando uno de los esposos encuentra un tesoro o bien mueble abandonado, si lo toma, lo hace suyo sin entregar nada a cambio.

4. *Son bienes propios igualmente los vestidos, joyas y otros enseres y objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o el marido* (art. 151 C.C.). El ordinal 7º del artículo 1.346 del Código Civil español vigente establece que son bienes privativos de cada uno de los cónyuges «las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor». Consideramos esta fórmula más conveniente que la empleada por nuestro Código Civil, si se toma en consideración que existen joyas valiosísimas que al ser adquiridas por un cónyuge con dinero común, para su uso personal, pasan a ser de su propiedad exclusiva, produciéndose o pudiéndose producir situaciones poco equitativas.

5. *Se hacen propios del respectivo cónyuge los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, pero por subrogación de bienes propios* (art. 152 C.C.). En los distintos

---

[49] Cfr. Manuel Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, pág. 750.

ordinales del artículo 152 del Código Civil se enumeran los bienes que son propios de los cónyuges porque, aunque fueron adquiridos durante el matrimonio y a título oneroso, lo fueron por subrogación de bienes propiedad exclusiva del cónyuge adquirente. Son tales los adquiridos:

1. Por permuta con otros bienes propios del cónyuge (ord. 1º, art. 152).
2. Por derecho de retracto ejercido sobre los bienes propios por el respectivo cónyuge y con dinero de su patrimonio (ord. 2º, art. 152).
3. Por dación en pago hecha al respectivo cónyuge por obligaciones provenientes de bienes propios (ord. 3º, art. 152).
4. Los que adquiera durante el matrimonio a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento (ord. 4º, art. 152).
5. Por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios del cónyuge adquirente (ord. 6º, art. 152).
6. Por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí (ord. 7º, art. 152).

En relación con los ordinales 1°, 2° y 3° del artículo 152 del Código Civil, no se presenta dificultad en su interpretación. Se trata de bienes obtenidos por uno de los cónyuges, durante el matrimonio, a título oneroso y que se hacen propios del cónyuge adquirente, porque sustituyen bienes exclusivos de él. Se aplica el principio de subrogación real. Así, si uno de los cónyuges entrega un bien propio para recibir otro, éste viene a sustituir al bien permutado y, por eso, adquiere su misma condición. Lo mismo ocurre cuando uno de los esposos vende un bien de su exclusiva propiedad y luego, en ejercicio del derecho de retracto, recupera la cosa vendida, restituyendo el precio y reembolsando los otros gastos producidos por la operación, con dinero propio. Se trata de la readquisición de un bien propio que viene a sustituir otro bien propio y que toma, por tal razón, su misma cualidad. Y también por idéntico motivo, cuando uno de los cónyuges adquiere durante el matrimonio, un bien en dación en pago por obligaciones provenientes de bienes propios, ese bien obtenido será exclusivamente suyo.

El ordinal 4.° del mencionado artículo 152, de difícil interpretación, se aclara cuando lo relacionamos, como lo hace la doctrina venezolana, con la disposición contenida en el artículo 157 del mismo Código Civil, que establece:

> «Cuando pertenezca a uno de los cónyuges una cantidad pagadera en cierto número de años, no corresponden a la comunidad las cantidades cobradas en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino se estimarán como parte de los bienes propios, deducidos los gastos de su cobranza».

Por lo que respecta a los ordinales 6º y 7º del artículo 152 en los que se prevé que son bienes propios del respectivo cónyuge los adquiridos durante el matrimonio «por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios del cónyuge adquirente» y también los adquiridos «por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí», es evidente que hay una innecesaria e inconveniente repetición, ya que el caso del ordinal 6° está comprendido en el del 7°, por lo que aquél ha podido y debido eliminarse para evitar confusiones que frecuentemente se presentan. Sin embargo, en la Reforma Parcial del Código Civil (1982) se mantuvo la indeseable repetición. Como quiera que el ordinal 7° exige mayores requisitos y contiene el caso del ordinal 6º, lo más recomendable es que, en todo caso en que un cónyuge compre, durante el matrimonio, con dinero propio, se haga constar la procedencia del dinero (que puede ser la enajenación de otros bienes propios u otra) y, además, que la adquisición la hace para sí.

Es necesario, para concluir el estudio sobre los mencionados ordinales 6º y 7º del artículo 152 del Código Civil, dar cabida a la opinión, atinada según nuestro criterio, de Francisco López Herrera acerca de la posibilidad del cónyuge adquirente de comprobar frente a su cónyuge que compró con dinero propio, en caso de que no hayan dejado las constancias exigidas en los ordinales que comentamos. Sostiene López Herrera que, en este caso, el esposo adquirente puede valerse, frente al otro cónyuge, de cualquier medio de prueba, para demostrar que pagó con dinero propio.

> «La conclusión indicada se impone no sólo por razones de lógica, sino además por motivos de equidad. En efecto, en la compra de bienes muebles, con harta frecuencia resulta poco menos que imposible dejar constancia escrita de la procedencia del dinero con el cual se paga el precio y de que la adquisición la lleva a cabo el comprador para su peculio particular: sería entonces absurdo pensar que los bienes así habidos deban necesariamente reputarse comunes, aunque se hubiesen pagado con dinero propio, toda vez que ello significaría la consagración de un enriquecimiento injusto para uno de los cónyuges. Ahora bien, si existen casos en los que es evidentemente innecesario dejar las referidas constancias en el acto de la adquisición, hay que admitir que dichas menciones no son indispensables. Por otra parte, si esto último es así, debe admitirse que aun en los casos en los que se pudo dejar esas constancias, pero no se dejaron, el cónyuge adquirente siempre podrá demostrar al otro esposo que el bien comprado le pertenece de manera exclusiva».[50]

---

[50] Francisco López Herrera, *op. cit.*, pág. 456.

Dispone el aparte del artículo 152 del Código Civil, en relación a los casos contemplados en sus ordinales, que

> «En caso de fraude, quedan a salvo las acciones de los perjudicados para hacer declarar judicialmente a quién corresponde la propiedad adquirida».

6. *Bienes o derechos personalísimos adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.* Además de los bienes que cada cónyuge tiene para el momento de la celebración del matrimonio y de los que obtenga durante éste a título gratuito o a título oneroso por subrogación de otros de su exclusiva propiedad, son también bienes propios del respectivo cónyuge adquirente, los derechos personalísimos, aunque los haya adquirido durante el matrimonio, a título oneroso y con caudal común. Son derechos personalísimos aquellos tan consubstanciados con el titular, que no pueden transmitirse, por inherentes a la persona.

   a) *Indemnizaciones por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades.* Conforme al ordinal 5° del artículo 152 de nuestro Código Civil, se hacen propios del respectivo cónyuge los bienes adquiridos durante el matrimonio como indemnizaciones por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas por la comunidad.

   Se trata de bienes adquiridos durante el matrimonio y a título oneroso, puesto que son indemnizaciones recibidas por un cónyuge y derivadas de contratos de seguro convenidos por él, pero son bienes propios porque cubren riesgos que afectan solamente al cónyuge titular de la indemnización.

   Si las primas de los referidos contratos de seguro han sido satisfechas con dinero del caudal común, el cónyuge que percibe la indemnización debe deducirlas de ella y reintegrar el monto global a los bienes comunes.

   b) *Indemnización por accidentes.* De conformidad con lo dispuesto en el mismo ordinal 5º del artículo 152 del Código Civil, se hacen propios del respectivo cónyuge los bienes adquiridos durante el matrimonio por indemnizaciones por accidentes. En este caso, se refiere la ley a los pagos que el patrono debe hacer al trabajador, cuando éste sufra accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, en los lugares donde no funciona el Seguro Social, según lo dispuesto por la Ley de Trabajo vigente.

La enfermedad profesional y los accidentes de trabajo producen daños personales y en tal virtud la reparación de tales daños, la indemnización percibida por tales daños, corresponde exclusivamente a quien los sufrió.

c) *Indemnización por hecho ilícito.* El artículo 167 del Código Civil establece:

> «La responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en su parte de los comunes».

Por la misma razón que sirve de base a esta disposición, si uno de los cónyuges es perjudicado, en su persona o en sus bienes, por hecho ilícito de un tercero, la indemnización que perciba por tal concepto le pertenece en propiedad exclusiva.

d) *Derecho de uso y habitación.* El derecho de uso y el de habitación son derechos de carácter personalísimo y, por ello, incedibles. El primero, el derecho de uso, es la facultad atribuida a una persona, de servirse de la cosa de otro con el cargo de conservar la sustancia de ella; o de tomar, sobre los frutos de un fondo ajeno, lo que sea preciso para satisfacer las necesidades del usuario y de su familia. El derecho de habitación es una modalidad del derecho de uso. En efecto, cuando el uso se refiere a una casa y a la facultad de morar en ella, se llama derecho de habitación.

Pues bien, si un cónyuge, durante el matrimonio, adquiere a título oneroso y con bienes o dinero común, un derecho de uso o uno de habitación, tales derechos corresponden en forma exclusiva al cónyuge adquirente, quien se hace deudor de la comunidad por el montante del precio que pagó, con caudal común, por el derecho adquirido para sí.

e) *Derechos de autor.* El derecho de autor que uno de los cónyuges tenga sobre obras de su ingenio o sobre obras del ingenio de un tercero, es un derecho personalísimo, así lo califica la Ley sobre el Derecho de Autor vigente en nuestro país y por eso corresponde en propiedad exclusiva al cónyuge autor o derechohabiente del autor. De manera que si un cónyuge, durante el matrimonio, produce una obra de su ingenio, el derecho de autor sobre ella, es bien propio del cónyuge autor y no bien común, aunque es el fruto del trabajo del referido cónyuge. Y si uno de los esposos adquiere, durante el matrimonio, a título oneroso y con dinero u otros bienes del caudal común, el derecho de autor sobre obras del ingenio de un tercero, tal derecho de autor pertenece exclusivamente al cónyuge adquirente. Todo ello como consecuencia del carácter personalísimo del Derecho de Autor.

Es necesario aclarar que si bien el derecho de autor que un cónyuge obtenga durante el matrimonio es bien propio de él, los proventos derivados de la explotación o de la cesión de los derechos de explotación sobre una obra de ingenio, son bienes comunes. Debe distinguirse entre el derecho de autor (bien propio del cónyuge autor o derechohabiente) y los proventos derivados de su explotación (bienes comunes) (Art. 35 Ley sobre el Derecho de Autor).

V. Cargas comunes

A. *Concepto.* Las cargas comunes son obligaciones o deudas adquiridas por los cónyuges o por uno de ellos, pero que por su origen, carácter y fines no deben ser imputadas a la responsabilidad particular de uno u otro cónyuge, sino que deben ser soportadas, de por mitad, por ambos.

B. *Son cargas comunes*:

1. *Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a la comunidad* (ord. 1º, artículo 165 C.C.).

Como estudiaremos más adelante, en este mismo tema, conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del Código Civil, cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes comunes que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. El artículo 169, por su parte, estatuye que los bienes provenientes de las donaciones hechas a los cónyuges con motivo del matrimonio, serán administrados por el cónyuge a cuyo nombre se hizo la donación y que si la donación se ha hecho a nombre de ambos, la administración corresponde al marido y a la mujer.

Pues bien, durante el matrimonio, tanto el marido como la mujer pueden contraer deudas y obligaciones, pero éstas serán comunes y deberán ser soportadas de por mitad por los cónyuges, sólo cuando hayan sido adquiridas por alguno de ellos actuando como administrador de los bienes comunes, cuya gestión le corresponde. Cuando uno de los esposos contrae una deuda sin proceder como administrador de los bienes comunes, tal deuda será propia.

2. *Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos, así los bienes propios de los cónyuges como los comunes* (ord. 2º, artículo 165 C.C.).

Todos los pagos que deban hacerse por concepto de intereses vencidos o réditos caídos durante el matrimonio (no antes de celebrarse éste ni después de disolverse), a que estuvieren afectos los bienes propiedad exclusiva de un cónyuge o los bienes comunes, son cargas comunes.

Así como los frutos, rentas e intereses que producen los bienes propios de cada uno de los esposos y los bienes comunes, son bienes comunes; los réditos caídos e intereses vencidos durante el matrimonio a que estuvieron afectos los bienes propios y los comunes, son, como contrapartida, cargas comunes.

Esta disposición, en lo que respecta a la condición de cargas comunes que atribuye a los réditos caídos e intereses, vencidos durante el matrimonio, a que, estuvieron afectos los bienes propios, es una consecuencia del carácter de bienes comunes que tienen los frutos, rentas e intereses de los bienes propios, producidos durante el matrimonio. En cuanto a los bienes comunes, su procedencia es evidente.

3. *Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges* (ord. 3º, artículo 165 C.C.).

Reparaciones menores o de conservación son las que requieren los bienes para su mantenimiento. Están orientadas a impedir o disminuir el desgaste o desvalorización natural de aquéllos y a conservarlos en condiciones de seguir produciendo.

Sabemos que, conforme al ord. 3º del artículo 156 del Código Civil, los frutos, rentas e intereses que produzcan los bienes propios del marido o de la mujer, durante el matrimonio, son bienes comunes. Pues bien, resulta perfectamente justo que los gastos que deben hacerse durante el matrimonio para mantener los bienes propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, se consideran cargas comunes y deban ser como tales, soportadas por ambos de por mitad.

4. *Todos los gastos que acarree la administración de la comunidad* (ord. 42, artículo 165 C.C.).

Los gastos de administración de los bienes comunes están representados por todos los desembolsos pecuniarios destinados, como su nombre así lo indica, a hacer frente a las expensas derivadas de las tareas de administración de tales bienes.

Esos gastos, que comprenden todos los relacionados con la administración, son cargas comunes. Por ejemplo, los gastos hechos por concepto de reparaciones menores o mayores en los bienes comunes o por las mejoras de éstos; pago de impuesto sobre la renta de los cónyuges, gastos de cobranza en relación con los bienes comunes, etc.

5. *El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también de los de uno solo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos* (ord. 5º, artículo 165 C.C.).

Es ésta la más elemental carga común y el primer deber impuesto por el Derecho y también por la Moral al marido y a la mujer. Incluye todos los gastos que se hagan durante el matrimonio orientados al sostenimiento de la familia. La expresión empleada por el Código «mantenimiento de la familia» es amplia, extendiéndose a todos los gastos exigidos por esa finalidad; incluye los gastos necesarios y también los no necesarios, los

suntuarios, siempre que se hagan con la finalidad anotada (alimentación, ropa, educación, atención médica, medicinas, transporte, diversión, etc., de las personas que integran la familia).

Es carga común, además, que debe como tal, ser soportada por ambos cónyuges, el mantenimiento y educación de los hijos de uno de ellos, cuando tienen derecho a reclamar alimentos. Es éste un caso en que, por excepción, resulta un afín contribuyendo con la mitad de los recursos que su afín necesite para subsistir.

6. *Los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado por la ley a dar a sus ascendientes, siempre que no puedan hacerlo con el producto de sus bienes propios* (ord. 6º, artículo 165 C.C.).

Cuando uno de los cónyuges tenga, de acuerdo con la ley, la obligación de suministrar alimentos a un ascendiente y no pueda cumplirla con el producto de sus bienes propios (bien porque no tenga bienes propios o porque sean insuficientes), tal obligación se considera carga común.

También en este caso, por excepción, resulta un afín contribuyendo de hecho, con la mitad de la pensión de alimentos.

7. *Donaciones hechas de mutuo acuerdo por los cónyuges a los hijos comunes* (artículo 166 C.C.).

   El artículo 166 del Código Civil preceptúa:

> «También son de cargo de la comunidad las donaciones hechas, por cualquier causa, a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los cónyuges.
>
> Si los bienes gananciales no alcanzaren, los cónyuges responderán de la diferencia, con sus bienes propios, de por mitad».

Las donaciones que se consideran cargas comunes son las hechas por el marido y la mujer, de mutuo acuerdo a sus hijos comunes, cualquiera que sea la causa de la liberalidad.

Para el caso de que los bienes comunes no fueren suficientes, los cónyuges responderán, de por mitad con sus bienes propios.

C. *Levantamiento de las cargas comunes.* Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento o cancelación de las cargas comunes, sean bienes comunes de ambos o privativos de uno solo de ellos. Tales bienes responden de las cargas comunes hasta el final, vale decir, hasta que haya cargas y queden bienes. Los bienes comunes responden de las deudas que la ley les atribuye especialmente (cargas comunes). Pero en nuestro Derecho positivo vigente, responden, además, en forma

subsidiaria, los bienes propios de uno o ambos cónyuges, de igual modo que, para contraer tales deudas, ha de intervenir, en cuanto persona, uno de los cónyuges o ambos, porque la comunidad de gananciales carece de personalidad jurídica.

El orden a seguir, entre los bienes comunes y propios de los esposos, para aplicarlos a la cancelación de las cargas comunes, así como la cuantía en la que los de propiedad exclusiva de cada uno debe aplicarse a dicha cancelación, está previsto en el artículo 180 del Código Civil, de conformidad con el cual, a la cancelación de las cargas comunes se aplicarán en primer lugar, los bienes comunes. Si éstos no fueren suficientes, entonces responderán, de manera subsidiaria los bienes propios del cónyuge que adquirió la obligación o los bienes propios de ambos, cuando ambos la adquirieron o cuando la obligación la contrajo uno con el consentimiento del otro. Entonces, responderán los dos esposos con sus bienes propios, de por mitad.

Por supuesto que si uno de los cónyuges o ambos, han cancelado con sus bienes propios, obligaciones o cargas comunes, en el proceso de liquidación de la comunidad de gananciales, procede la compensación correspondiente. Si, por el contrario, una obligación particular de uno de los esposos ha sido atendida con bienes comunes, lo que es posible conforme al aparte único del mencionado artículo 180 C.C., según el cual «de las obligaciones contraídas por los cónyuges en la administración de sus bienes propios responden con éstos y subsidiariamente con los bienes que le correspondan en la comunidad», también procede la respectiva compensación.

VI. Administración y disposición de los bienes

En la comunidad de gananciales, como en todo régimen de comunidad limitada, existen bienes comunes de ambos cónyuges y bienes propios de cada uno de ellos.

Por eso vamos a estudiar primero lo relativo a la administración y disposición de los bienes que pertenecen en propiedad exclusiva a cada uno de los esposos y, luego, nos referiremos a la administración y disposición de los bienes comunes.

1. *Administración de los bienes propios*. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de sus bienes propios (artículo 154 C.C.). Esta libertad de administración abarca la posibilidad de ejecutar sobre tales bienes todos los actos de conservación y de administración propiamente dichos.

Los actos de administración que uno de los cónyuges ejecute sobre los bienes propios del otro, con la tolerancia de éste, son válidos (art. 155 C.C.).

2. *Disposición de los bienes propios*. Los actos de disposición que puede ejecutar una persona sobre un bien de su propiedad pueden ser a título oneroso o a su título gratuito.

Pues bien, cada uno de los cónyuges puede disponer libremente, a título oneroso, de todos sus bienes propios (artículo 154 C.C.). En cambio, para disponer de ellos a título gratuito, requiere el consentimiento del otro cónyuge (art. 154 C.C.), lo que se explica si recordamos que, conforme al ordinal 3° del artículo 156 del Código Civil, son bienes comunes, los frutos, rentas e intereses producidos durante el matrimonio, por los bienes propios de cada uno de los esposos y, al disponer uno de ellos gratuitamente, de un bien de su exclusiva propiedad, disminuye su patrimonio (ya que ha enajenado un bien sin recibir contraprestación alguna) y, en consecuencia, los frutos, rentas e intereses que aquél pueda producir, que son bienes comunes.

Tampoco puede uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, renunciar herencias o legados. La razón es similar a la que justifica la necesidad de dicho consentimiento, para que uno de los esposos pueda disponer de un bien propio a título gratuito. Ocurre que, cuando un cónyuge renuncia a una herencia o un legado, deja de incrementar su patrimonio, siéndole posible, lo que significa una disminución del mismo y de los frutos, rentas e intereses (que son bienes comunes) que pueda producir.

A pesar de que, como indicamos antes, un cónyuge no puede disponer de sus bienes propios a título gratuito, sin el consentimiento del otro, sí puede enajenar dichos bienes a título gratuito, mediante actos *mortis causa* porque éstos se perfeccionan al fallecer el causante (en este caso, el cónyuge) y la muerte de uno de los cónyuges es una de las causas de disolución de la comunidad de gananciales. Lo que significa que el acto de disposición *mortis causa* a título gratuito ejecutado por un cónyuge, se perfecciona simultáneamente a la disolución de la comunidad de gananciales.

Y para concluir este punto, debemos señalar que, conforme al Derecho venezolano vigente, existe un caso en que, por excepción, puede un cónyuge disponer, por acto *inter vivos* y a título gratuito, un bien de su exclusiva propiedad, sin requerir el consentimiento del otro cónyuge y aun contrariando la voluntad de éste. Es el caso del derecho de autor que tenga uno de los esposos sobre una obra de su ingenio o sobre obra del ingenio de un tercero. El derecho de autor del cónyuge autor o derechohabiente del autor, es un bien propio de él, quien lo puede disponer, a título gratuito sin necesitar que el otro cónyuge dé su consentimiento y aun en contra de su voluntad (ver artículo 34 de la Ley sobre el Derecho de Autor).

3. *Administración de los bienes comunes. Disposición de los bienes comunes.* Bajo el rubro «De la administración de la comunidad» el Código Civil regula no sólo la administración en sentido restringido de los bienes comunes, sino también los actos de disposición sobre los mismos. Administrar, en el sentido en que emplea el término el artículo 168 C.C., es sinónimo de gestión de los bienes comunes y, en tal virtud, comprende la realización no sólo de esos actos que se llaman de simple administración —percibir frutos, cobrar las rentas, disponer obras de conservación— sino también aquellos actos llamados de disposición en cuanto que comprometen el libre disfrute de algunos bienes comunes —arrendamiento por más de dos años— y, en ocasiones, hasta la titularidad del derecho real que se posee sobre ellos (concesión a terceros de derechos reales sobre un determinado bien común).

Nosotros nos referiremos primero a la administración ordinaria de los bienes comunes y luego a la administración extraordinaria, refiriendo esta última a la ejecución de ciertos actos de disposición sobre ciertos bienes comunes.

4. *Sistemas legislativos de administración de los bienes comunes.* El Derecho Comparado nos ofrece diversos sistemas de administración de los bienes comunes en la comunidad de gananciales. La gestión de dichos bienes puede ser atribuida a uno de los cónyuges o a ambos adoptándose un sistema de unidad de administración o de administración diárquica.

A. *Sistema de unidad de administración o gestión individual.* Es el sistema en el que se atribuye la administración de los bienes comunes, a un cónyuge determinado. Puede ser:

a) Centralizado, cuando uno solo de los cónyuges administra la totalidad de los bienes comunes.

b) Descentralizado, cuando cada uno de los cónyuges administra ciertas categorías de bienes comunes, pero ninguno la totalidad de ellos.

B. *Sistema de administración diárquica.* Este sistema se caracteriza porque atribuye a ambos cónyuges la función de administrar los bienes comunes. Existen dos modalidades de este sistema según que la función haya de ejercerse en forma conjunta o separada por cualquiera de los cónyuges. Las modalidades son:

a) *Sistema de administración conjunta.* Exige el consentimiento simultáneo de ambos cónyuges para que el acto de administración de los bienes comunes sea regular.

b) *Sistema de administración concurrente.* Cada uno de los esposos puede administrar todos los bienes comunes.

5. *Sistema acogido por el legislador venezolano en relación a la administración ordinaria de los bienes comunes.* El Código Civil acoge el sistema de unidad de administración o de gestión individual descentralizado. En efecto, conforme al artículo 168 C.C.,

> «Cada uno de los cónyuges podrá administrar por sí solo los bienes de la comunidad que hubiere adquirido con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo; la legitimación en juicio, para los actos relativos a la misma corresponderá al que los haya realizado».

Y, el artículo 169 C.C., dispone:

> «Los bienes provenientes de las donaciones hechas a los cónyuges por motivo del matrimonio son administrados por el cónyuge a cuyo nombre hizo la donación; si la donación se ha hecho a nombre de ambos, la administración corresponde al marido y a la mujer en los términos previstos en el artículo 168».

Pues bien, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos mencionados (168 y 169 C.C.), cada uno de los cónyuges administra por sí solo ciertas categorías de bienes comunes. Así, el marido administra por sí solo los bienes comunes adquiridos por su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo y los bienes donados a los cónyuges, por razón del matrimonio, cuando la donación se hizo a su nombre. La mujer, por su parte, administra, por sí sola, los bienes comunes adquiridos por su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo y los bienes donados a los cónyuges, con motivo del matrimonio, cuando la donación se hizo a su nombre. Por esta razón afirmamos que nuestro legislador, en materia de administración ordinaria de los bienes comunes, acoge el sistema de unidad de administración o de gestión individual descentralizado.

No obstante, dada la redacción ambigua del artículo 168 C.C., es posible sostener que el legislador ha querido adoptar, en relación con la administración ordinaria de los bienes comunes, el sistema de administración concurrente, lo que significa que cada cónyuge podrá cumplir por sí solo los actos de gestión ordinaria de todos los bienes comunes, en virtud de que la fórmula empleada por el mencionado artículo, no permite determinar en la mayoría de los casos, cuál es el cónyuge cuyo consentimiento basta, pues tal potestad se conecta al hecho de que el bien en cuestión provenga de «su trabajo personal o de cualquier otro título legítimo», lo que llevaría a la conclusión —contraria al carácter excepcional de la exigencia del consentimiento de ambos esposos— de que se requiere el consentimiento de ambos, en tal mayoría de casos. Ante la necesidad de lograr una solución coherente con el postulado de que la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges es excepcional, eminentes tratadistas sostienen que

«...la única posibilidad para ello es interpretar la expresión «cualquier otro título legítimo» no sólo como referencia a cualquier otro título legítimo de adquisición para la comunidad conyugal distinto al trabajo personal del cónyuge en cuestión, sino también como referencia a causas de adquisición legítima para la comunidad que le permiten a cada uno de los cónyuges administrar separadamente dichos bienes comunes sin exclusión siquiera de los que ingresaron a la comunidad por el trabajo personal del otro cónyuge».[51]

El inconveniente que puede producir esta administración concurrente y sobre el cual llamaron la atención, en repetidas oportunidades, eminentes juristas patrios, es la posibilidad de presentación de conflictos de intereses entre terceros que hayan adquirido derechos sobre un bien por actos cumplidos separadamente por uno y otro cónyuge. No obstante, tales conflictos pueden resolverse aplicando las reglas relativas a los requisitos de oponibilidad de un acto pasado entre un autor y su causahabiente a título particular, respecto de otro causahabiente del mismo autor cuando éste, ignorando que el derecho ha salido de su patrimonio, volviere a transferirlo a un segundo causahabiente (art. 1.162 C.C., en materia de muebles; art. 1.924 C.C., en materia de inmuebles y otras normas especiales). Obviamente, el tercero perjudicado podrá reclamar la responsabilidad civil del caso.

Es necesario advertir que, cuando se trata de la enajenación a título gratuito u oneroso o del gravamen de los bienes enumerados en el art. 168 C.C., se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. Acoge nuestro legislador, en estos casos, el sistema de administración conjunta.

Cada uno de los cónyuges, cuando realiza actos de administración sobre los bienes comunes, cuya gestión le atribuye la ley y contrae obligaciones, compromete todos los bienes comunes y, subsidiariamente, sus bienes propios (art. 180 C.C.).

La mujer casada comerciante sólo obliga con sus actos los bienes comunes que ella administra, a menos que tenga el consentimiento del marido, para ejercer el comercio, inscrito en el Registro Mercantil respectivo, caso en el cual compromete todos los bienes comunes (ver artículo 16 del Código de Comercio).

6. *Legitimación en juicio para actos relativos a la administración de bienes comunes.* Cuando se trata de ejercer en juicio un derecho que corresponde en común a los cónyuges, como quiera que éste es un acto de administración, *lato sensu*, de los bienes comunes, corresponde demandar al cónyuge que administra el bien común (derecho).

Y, si en el juicio, el demandante es un tercero, debe proponer la demanda contra el cónyuge que haya realizado el acto que haya dado lugar a la demanda.

---

[51] Cfr. José Melich Orsini, *El régimen de los bienes en el matrimonio y la reforma del Código Civil en 1982*, pág. 38.

7. *Administración ordinaria de los bienes comunes conferida excepcionalmente a un solo cónyuge. Casos:*

a) *Uno de los cónyuges está sometido a tutela o curatela.* Conforme al artículo 172 C.C. cuando alguno de los cónyuges está sometido a tutela o curatela, dejará de ejercer la administración de los bienes comunes cuya gestión le corresponda de acuerdo al artículo 168 C.C., y el otro administrará por sí solo.

b) *Ambos cónyuges están sometidos a curatela.* En este caso, según lo dispuesto en el primer aparte del artículo 172 C.C., los esposos administrarán los bienes comunes en la forma prevista en los artículos 168 y 169 C.C., pero de conformidad con el régimen de protección (curatela) a que están sometidos.

A este respecto es menester aclarar lo siguiente: De acuerdo al Derecho venezolano vigente están sometidos a curatela, el menor emancipado —conforme al Código Civil reformado (artículos 382 y ss.) sólo existe la emancipación de pleno derecho como consecuencia del matrimonio— y el inhabilitado. El emancipado puede realizar por sí solo actos de simple administración. El inhabilitado puede serlo por debilidad de entendimiento, cuando el estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción; o por prodigalidad. En estos casos, el inhabilitado, en principio, es hábil para realizar por sí solo actos de administración, a menos que, cuando sea necesaria tal medida, el Juez de Primera Instancia le haya extendido la prohibición de ejecutar actos que excedan la simple administración, sin la asistencia de un curador, hasta no permitir actos de simple administración, sin la intervención del curador. El sordomudo, el ciego de nacimiento o el que hubiere cegado durante la infancia, llegados a la mayor edad, quedarán sometidos de derecho a la misma incapacidad, a menos que el Tribunal los haya declarado hábiles para manejar sus negocios (ver artículos 409 y 410 C.C.).

c) *Un cónyuge está sometido a tutela y el otro a curatela.* Administra todos los bienes comunes el cónyuge sometido a curatela (artículo 172 C.C., primer aparte).

d) *Ambos cónyuges están sometidos a tutela.* El Juez designará un curador especial quien administrará los bienes comunes (artículo 172 C.C., segundo aparte).

8. *Administración irregular de los bienes comunes.* El artículo 171 C.C., dispone:

> «En el caso de que alguno de los cónyuges se exceda de los límites de una administración regular o arriesgue con imprudencia los bienes

comunes que está administrando, el Juez podrá, a solicitud del otro cónyuge, dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro, previo conocimiento de causa. De lo decidido se oirá apelación en un solo efecto, si se acordaren las medidas y libremente, en caso contrario.

Si las medidas tomadas no bastaren, el cónyuge perjudicado podrá pedir separación de bienes».

De conformidad con la disposición contenida en el artículo 171 C.C., cuando uno de los cónyuges advierta que los bienes comunes que administra el otro corren peligro de pérdida o disminución, a causa de una administración imprudente, inadecuada o irregular; de la desidia o negligencia en la gestión, o del abuso del cónyuge administrador de sus facultades como tal, puede ocurrir al Juez competente (Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio conyugal) y solicitar de él que dicte las «medidas conducentes a evitar el peligro». La solicitud puede ser hecha también por los acreedores del cónyuge peticionante mediante la acción oblicua (artículo 1.278 C.C.).

Al Juez competente de instancia corresponde apreciar si en verdad, el cónyuge administrador se ha excedido en los trámites de una administración regular o si ha habido de su parte imprudencia en la gestión de los bienes comunes. Si tal es el caso, el Juez podrá dictar las providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro. El Código no precisa cuáles medidas puede aplicar el Juez; emplea una expresión amplia: «providencias que estime conducentes a evitar aquel peligro». Durante la vigencia del Código Civil del 42, en atención a que cada uno de los cónyuges podía no sólo administrar sino también disponer a título oneroso, libremente todos los bienes cuya gestión tenía encomendada por la ley, se aplicaban por el Juez, normalmente, medidas de prohibición de enajenar y gravar inmuebles. El Código Civil reformado impone, en relación con los inmuebles, con los muebles sujetos a régimen de publicidad, con las acciones, obligaciones y cuotas de compañías, con los fondos de comercio y con los aportes de dichos bienes a sociedades, la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para enajenarlos a título gratuito u oneroso o para gravarlos. Por esta razón se hará menos frecuente la aplicación de tal medida. El Juez competente puede aplicar cualquiera que, conforme a su criterio, sea recomendable, dadas las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, la imposición de la movilización conjunta de cuentas bancarias a nombre del cónyuge que administra irregularmente, control en el cobro de los frutos, intereses o rentas de los bienes que administre aquél, etc.

Las susomentadas medidas preventivas deben ser dictadas por el Juez competente, con conocimiento de causa, vale decir, con base en los hechos alegados y comprobados por el cónyuge peticionante.

En relación con el procedimiento empleado en caso de solicitud de dichas medidas, por considerarla muy interesante y adecuada, vamos a insertar la opinión de Francisco López Herrera:

> «La ley no prevé ningún procedimiento específico respecto de la solicitud de dichas medidas. En la práctica, nuestros magistrados actúan con bastante prudencia pero al mismo tiempo con la celeridad que el caso requiere. Una vez estudiada la petición respectiva y examinadas las pruebas acompañadas, el Juez, si lo estima necesario, ordena ampliar éstas. Finalmente acuerda o niega las medidas en referencia y se procede a su ejecución, todo ello antes de notificar a la contraparte, para evitar que ésta pueda eludir sus resultados. Hasta aquí, estamos perfectamente de acuerdo.
>
> Ahora bien, una vez impuesto de las medidas decretadas el cónyuge acusado de administración irregular, los tribunales sólo suelen reconocerle el derecho de apelar de ellas, procedimiento ése que estimamos inadecuado toda vez que en segunda instancia la prueba es demasiado limitada (artículo 410 C.P.C.). Nos parece que sería mucho más lógico que en tal eventualidad se apliquen por analogía las reglas previstas en el art. 380 C.P.C. (relativo al procedimiento normal de las medidas preventivas), según las cuales la parte contra quien obren las medidas tiene derecho de exponer, en la primera audiencia siguiente a su notificación, las razones y argumentos que tuviere que alegar en contra de aquellas medidas; luego, haya o no habido oposición, se abre una articulación probatoria de cuatro audiencias y, dentro de los dos días siguientes a la expiración de éstas, el Juez decide confirmando o revocando las medidas originalmente dictadas. Creemos que es de esta decisión de la que se debe oír apelación, en un efecto, si las providencias hubieren sido acordadas y, libremente, en caso contrario, según señala el artículo 171 C.C.».[52]

Las reglas relativas al procedimiento normal de las medidas preventivas fueron modificadas en el Código de Procedimiento Civil vigente (1986); ellas están consagradas en los arts. 602 y 603 del predicho instrumento legal que preceptúan:

> *Artículo 602*. «Dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar.
>
> Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promuevan y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos.

[52] López Herrera, *op. cit.*, pág. 509.

En los casos a que se refiere el artículo 590, no habrá oposición, ni la articulación de que trata este artículo, pero la parte podrá hacer suspender la medida, como se establece en el artículo 589».

Artículo 603. «Dentro de dos días, a más tardar, de haber expirado el término probatorio, sentenciará el Tribunal la articulación. De la sentencia se oirá apelación en un solo efecto».

Si el Juez acuerda las medidas preventivas solicitadas, se oirá apelación en un solo efecto (el devolutivo) para que el Juez Superior decida sobre el caso, sin que se suspenda la ejecución de las medidas dictadas por el Juez de Primera Instancia; si éste negare aquéllas, el peticionante tiene el recurso de apelación en sus dos efectos.

El aparte único del artículo 171 C.C. establece que si las medidas tomadas no bastaren, el cónyuge perjudicado podrá pedir separación de bienes.

En consecuencia, para que el cónyuge perjudicado con la administración imprudente o negligente del otro, pueda demandar la separación de bienes es menester que, previamente, haya solicitado del Juez competente, las medidas conducentes para evitar aquel peligro; que éstas hayan sido dictadas y que hubieren resultado ineficaces.

La acción de separación de bienes puede ser también intentada por los acreedores del marido o de la mujer perjudicados por la administración irregular de los bienes comunes, con el consentimiento del respectivo cónyuge (art. 178 C.C.).

9. *Disposición de los bienes comunes*. Conforme al Código del 42, el marido administraba los bienes comunes cualesquiera que ellos fueran, y la mujer, aquellos que adquiriera por su industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo, así como los frutos que éstos produjeran (art. 168 C.C. de 1942). Los bienes provenientes de las donaciones hechas a los cónyuges por motivo del matrimonio eran administrados por el cónyuge a cuyo nombre se hubiere hecho la donación y si la donación se hacía a nombre de ambos, la administración correspondía al marido (artículo 169 C.C. del 42). Además, cada cónyuge podía enajenar y obligar a título oneroso, libremente, los bienes comunes cuya administración le correspondía. Sólo para disponer a título gratuito de tales bienes, requería el consentimiento del otro cónyuge (art. 170 C.C. del 42).

Todas estas disposiciones fueron modificadas por el Código del 82. Como ya hemos estudiado, conforme al Código Civil vigente cada uno de los esposos administra los bienes comunes que adquiera con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo y los bienes provenientes de donaciones hechas a los cónyuges por motivo del matrimonio, cuando la donación ha sido hecha a su nombre. Si la donación ha sido hecha a nombre de ambos, la administración corresponde al marido y a la mujer.

En cuanto a la ejecución de ciertos actos de disposición sobre algunos bienes comunes, el Código Civil Reformado establece que se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar a título gratuito u oneroso o para gravar los bienes gananciales (bienes comunes), cuando se trata de inmuebles, derechos o bienes muebles sometidos a régimen de publicidad, acciones, obligaciones y cuotas de compañías, fondos de comercio, así como aportes de dichos bienes a sociedades.

En consecuencia, para enajenar a título gratuito u oneroso y para gravar los bienes comunes de las categorías enumeradas en el artículo 168 C.C., se requiere, en principio, la voluntad favorable de ambos cónyuges, de tal modo que, sólo por excepción podrá uno solo de ellos realizar tales actos, previa la autorización del Juez competente (Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio conyugal).

En efecto, conforme al artículo 168 C.C., en su único aparte, el Juez podrá autorizar a uno de los cónyuges para que realice por sí solo, sobre los bienes comunes, alguno de los actos para cuya validez se requiere el consentimiento del otro, en dos casos:

A. *Cuando el otro cónyuge se encuentre imposibilitado para manifestar su voluntad* (debe interpretarse esta imposibilidad en forma amplia, imposibilidad del tipo que sea, luego también la de hecho que incluso, aunque no tenga carácter duradero, requiere mientras exista, que se tomen decisiones sin contar con el imposibilitado) y los intereses del matrimonio y de la familia así lo impongan.

B. *Cuando la negativa del otro cónyuge fuere injustificada* y los mismos intereses matrimoniales y familiares así lo exijan.

En ambos casos el Juez decidirá si da o no la autorización, con conocimiento de causa y previa audiencia del otro cónyuge, si éste no estuviere imposibilitado, tomando en consideración la inversión que haya de darse a los fondos provenientes de dichos actos.

Los actos de disposición sobre bienes comunes no incluidos en la enumeración del artículo 168 C.C. no requieren el consentimiento de ambos esposos y pueden, en consecuencia, ser ejecutados por el cónyuge administrador.

Se advierte, en esta materia, incoherencia legislativa. Ciertamente, cuando se trata de disponer a título gratuito, de bienes propios de uno de los cónyuges, el Código Civil vigente exige, en todo caso, el consentimiento del otro cónyuge (art. 154 C.C.); no obstante, si nos atenemos al texto del artículo 168 C.C., parecería que los únicos actos de disposición a título

gratuito, para los que es menester el consentimiento de ambos cónyuges, son los de enajenación o gravamen de los bienes comunes enumerados en la preindicada disposición.

De todo lo expuesto resultaría que un cónyuge, para disponer a título gratuito de un bien de su exclusiva propiedad requiere —en todo caso y sea cual fuere el bien— el consentimiento del otro cónyuge; en cambio, puede disponer, sin tal consentimiento, a título gratuito, un bien común no incluido en la enumeración del artículo 168.

El destacado tratadista José Melich Orsini opina que la jurisprudencia deberá intentar una interpretación correctiva del primer párrafo del art. 168, en lo que se refiere a la disposición a título gratuito de bienes comunes por uno solo de los cónyuges y exigir en todo caso de disposición a título gratuito de un bien común, el consentimiento de ambos cónyuges.

El artículo 172 C.C. hace referencia a ciertos casos especiales en relación con la realización de actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges.

Cuando un cónyuge está sometido a tutela o curatela, el otro, con la autorización del Juez puede ejecutar cualquiera de los actos que requieren el consentimiento de ambos, pero en ningún caso podrá realizar actos a título gratuito. (Artículo 172 C.C., encabezamiento).

Cuando uno de los cónyuges está sometido a tutela y el otro a curatela, este último podrá, de conformidad con el régimen de protección a que está sometido, y con la autorización del Juez, ejecutar cualquiera de los actos que requieren el consentimiento de ambos esposos, pero no podrá realizar actos a título gratuito.

Cuando ambos cónyuges están sometidos a curatela podrán ejecutar de mutuo acuerdo cualquiera de los actos para los que se necesita la voluntad favorable de ambos, de conformidad con el régimen de protección a que están sometidos.

Si ambos esposos están sometidos a tutela, el Juez designará un curador especial, quien necesitará autorización judicial para los actos que requieran el consentimiento de ambos cónyuges y en ningún caso podrá realizar actos a título gratuito.

10. *Anulabilidad de los actos para los cuales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, efectuados por uno de ellos, sin el consentimiento del otro.* El artículo 170 C.C., dispone:

> «Los actos cumplidos por el cónyuge sin el necesario consentimiento del otro y no convalidados por éste, son anulables cuando quien haya participado en algún acto de disposición con el cónyuge actuante tuviere motivos para conocer que los bienes afectados por dichos actos pertenecían a la comunidad conyugal.

Quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe que, no habiendo participado en el acto realizado con el cónyuge, hubiesen registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad.

En caso de bienes inmuebles se procederá a estampar en el protocolo correspondiente la nota marginal referente a la demanda de nulidad; en los otros casos, se tomarán las providencias que garanticen la protección de los terceros de buena fe.

La acción corresponde al cónyuge cuyo consentimiento era necesario y caducará a los cinco (5) años de la inscripción del acto en los registros correspondientes o en los libros de las sociedades si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación. Esta acción se transmitirá a los herederos del cónyuge legitimado si éste fallece dentro del lapso útil para intentarla.

Cuando no procede la nulidad, el cónyuge afectado sólo tendrá acción contra el otro por los daños y perjuicios que le hubiere causado. Esta acción caducará al año de la fecha en que ha tenido conocimiento del acto y, en todo caso, al año después de la disolución de la comunidad conyugal».

De este larguísimo artículo 170 C.C., resulta lo siguiente:

A. *El acto cumplido por un cónyuge sin el necesario consentimiento del otro es anulable.* La acción de nulidad correspondiente, tiene los siguientes caracteres:

a) Titular: El cónyuge que no dio su consentimiento y que no convalidó al acto.

b) Juez competente: El Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio conyugal.

c) Requisito de admisibilidad: Que quien haya participado en el acto en cuestión con el cónyuge actuante tuviere motivo para conocer que los bienes afectados por dicho acto, eran comunes. Este llamado requisito de admisibilidad constituye una nueva inconsecuencia del Código Civil vigente. En efecto, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 164 C.C., se presume que pertenecen a la comunidad todos los bienes existentes, mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges. En consecuencia, todo el mundo tiene motivo para conocer que los bienes de una persona casada, son de la comunidad o, más propiamente, bienes comunes.

d) Lapso de caducidad: Es de cinco años, contado a partir de la inscripción del acto en los registros correspondientes o en los libros de sociedades, si se trata de acciones, obligaciones o cuotas de participación.

e) Transmisión de la acción: Si el cónyuge legitimado fallece dentro del lapso útil para intentar la acción sin haberla propuesto, podrán demandar la nulidad sus herederos.

Quedan a salvo los derechos de terceros que no habiendo participado con el cónyuge en el acto realizado, hubieren registrado su título con anterioridad al registro de la demanda de nulidad.

B. *Acción de daños y perjuicios.* La puede intentar el cónyuge que no dio su consentimiento necesario para el acto y que no lo convalidó, contra el otro cónyuge, pero sólo cuando no sea procedente la acción de nulidad.

Esta acción caduca en el lapso de un año contado a partir de la fecha en que se ha tenido conocimiento del acto impugnable y, en todo caso, a partir de la disolución de la comunidad conyugal.

VII. Disolución de la comunidad de gananciales

Cuando en el comienzo de este tema nos referimos a las características de la comunidad de gananciales, estudiamos como una de ellas, la de que la comunidad de gananciales tiene por fin inmediato y exclusivo, posibilitar en forma adecuada y conveniente, el cumplimiento de los deberes y fines que derivan del matrimonio. Lógicamente cuando el matrimonio se disuelve o es eliminado de la vida jurídica, desaparece la razón de ser de la comunidad de gananciales, y ésta se disuelve por vía de consecuencia.

También puede ocurrir que, durante el matrimonio, surjan determinadas circunstancias que aparezcan como incompatibles con el régimen de la comunidad de gananciales. En tales casos, ella debe desaparecer también, aun cuando subsista el matrimonio.

1. *Concepto.* La disolución de la comunidad de gananciales es la extinción o fin de ese régimen patrimonial matrimonial.

2. *Causas.* La enumeración legal de las causas de disolución de la comunidad de gananciales es taxativa. La comunidad de gananciales sólo se extingue por alguna de las causas determinadas en la ley. Los cónyuges no pueden hacerla cesar cuando lo deseen o lo consideren conveniente ni prolongar su existencia más allá de su propio fin.

El Código Civil, en su artículo 173, prevé las causas de disolución de la comunidad de gananciales. Ellas son:

A. *Disolución del matrimonio.* La comunidad de gananciales se extingue automáticamente cuando se disuelve el matrimonio bien sea por la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. Aunque en este último caso, la sentencia definitiva y firme de divorcio no declare, en forma expresa, la disolución de la comunidad de gananciales, ésta quedará extinguida.

B. *Nulidad del matrimonio.* La nulidad del matrimonio declarada por sentencia definitiva y firme, determina la disolución de la comunidad de gananciales, en todo caso y aun cuando la sentencia de nulidad no lo declare expresamente (artículo 173 C.C.).

C. *Ausencia declarada de uno de los cónyuges.* Para que se disuelva la comunidad de gananciales por esta causa prevista en el segundo aparte del artículo 173 C.C., es menester que exista sentencia firme de declaración de ausencia. No basta la presunción de ausencia.

D. *Quiebra de uno de los cónyuges.* Como quiera que la declaración de quiebra de una persona determina que el patrimonio del fallido —que incluye sus derechos sobre bienes comunes— sea administrado por sus acreedores, quienes se comportan, de cierta manera, como titulares del mismo, cuando uno de los cónyuges es declarado en quiebra por sentencia definitiva y firme, se disuelve automáticamente la comunidad de gananciales. Sería absurdo conservar tal comunidad —que sólo puede existir entre cónyuges— entre los acreedores del cónyuge fallido y el otro cónyuge.

E. *Separación judicial de bienes.* La separación judicial de bienes puede derivar de una sentencia que declare con lugar la demanda de separación de bienes por administración irregular de los bienes comunes por parte de uno de los cónyuges; de una sentencia que declare con lugar la demanda de separación de cuerpos con separación de bienes y de un decreto judicial dictado con base en la solicitud, hecha de mutuo acuerdo entre los cónyuges, de separación de cuerpos y de bienes. Sólo en este último caso se da la posibilidad de disolución convencional de la comunidad de gananciales (artículo 173 C.C., último aparte).

De todo lo expuesto anteriormente en relación con las causas de disolución de la comunidad de gananciales se desprende que existen fundamentalmente dos grupos de ellas: 1) Aquellas en las que se disuelve la comunidad de gananciales, por vía de consecuencia, cuando se disuelve el matrimonio o es declarado judicialmente nulo. 2) Aquellas que provocan la disolución de la comunidad de gananciales aun cuando subsiste el matrimonio.

En el primer caso, como quiera que el matrimonio no subsiste, la comunidad no es reemplazada por ningún otro régimen patrimonial matrimonial; en el segundo, si subsistiendo el matrimonio desaparece la comunidad de gananciales, se aplicará en lo sucesivo el régimen de separación de bienes.

3. *Efecto fundamental de la disolución de la comunidad de gananciales.* Cuando la comunidad de gananciales se extingue es sustituida por una comunidad ordinaria entre los cónyuges o ex cónyuges, o sus herederos. Esta comunidad ordinaria se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad (artículos 759 a 770 C.C.) y sólo termina con la liquidación de la misma.

VIII. Liquidación de la extinguida comunidad de gananciales

Disuelta la comunidad de gananciales procede su liquidación, la cual es recomendable hacer a la brevedad posible, para evitar complicaciones en la situación que pueden presentarse cuando se deja pasar mucho tiempo, disuelta la comunidad, para efectuar su liquidación.

1. *Concepto de liquidación.* La liquidación es el conjunto de operaciones encaminadas a separar los bienes comunes de los privativos de cada cónyuge, determinar si ha habido gananciales y distribuir éstos entre los cónyuges.

   La liquidación culmina con la partición que es la adjudicación en propiedad exclusiva a cada cónyuge de ciertos bienes comunes que equivalen a su mitad sobre la masa total.

2. *Fuentes legales.* En nuestra legislación existen muy pocas normas especialmente reguladoras de la liquidación de la disuelta comunidad de gananciales. El legislador ordena que en esta materia y en cuanto sean procedentes, se apliquen las disposiciones relativas a la partición de herencia (artículo 183 C.C). Una de estas disposiciones sobre partición de herencia, a su vez remite, en todo lo no previsto en la Sección, a las reglas establecidas para la partición de la comunidad.

3. *Caracteres de la liquidación*

   A. Cualquiera de los cónyuges tiene derecho a exigir la partición de los bienes comunes, ya que a nadie puede obligarse a permanecer en comunidad y sabemos que, cuando se disuelve la comunidad de gananciales, es sustituida por una comunidad ordinaria entre los cónyuges o ex cónyuges.

   B. La liquidación y partición de la disuelta comunidad de gananciales es un acto de disposición, por lo que requiere plena capacidad de las partes. Si alguna de ellas es incapaz, debe ser representada, asistida o autorizada, de acuerdo al régimen de protección que le corresponda.

   C. La liquidación de la extinguida comunidad de gananciales puede hacerse judicial o extrajudicialmente.

4. *Etapas de la liquidación*

A. *Levantamiento del inventario.*

a) Determinación y avalúo del activo común. Comprende la determinación de los bienes comunes (muebles, inmuebles y créditos contra terceros), los frutos de los bienes propios de los cónyuges devengados antes de la disolución de la comunidad y que existan para el momento de la partición, los frutos de los bienes comunes que existan para el mismo momento y las compensaciones que deban los cónyuges o ex cónyuges. Luego de determinar los bienes que integran el activo común, se les avalúa haciendo el justiprecio de acuerdo a las circunstancias que existan para ese momento.

b) Determinación del pasivo común. Se trata de determinar las deudas comunes que no hubieren sido satisfechas para el momento de la liquidación. Comprende la determinación de las deudas frente a terceros y la determinación de las compensaciones que se deba a los cónyuges o ex cónyuges.

c) Determinación del haber líquido. Consiste en deducir del activo común, el pasivo común, para establecer el haber líquido partible, constitutivo de los gananciales propiamente dichos.

B. *Formación de lotes.* Una vez determinado el haber líquido partible se procede a la formación de lotes; es decir, se integran grupos de bienes que han de ser adjudicados en propiedad exclusiva a cada uno de los cónyuges. En principio los dos lotes deben ser iguales, deben formarse tomando en consideración que a cada esposo corresponde la mitad de los gananciales. Pero puede ocurrir que por aplicación de otras normas vigentes, resulten los lotes desiguales. Así, si se le debe alguna compensación a uno de los cónyuges o ex cónyuges, por haber satisfecho con bienes propios, deudas comunes; si uno de los esposos o ex esposos ha asumido una carga común frente a un tercero, queda personalmente responsabilizado por la deuda y, por eso, a su lote debe agregarse bienes suficientes para atender la cancelación de tal deuda; si durante la existencia de la comunidad de gananciales, han perecido fortuitamente bienes de un cónyuge o ex cónyuge, debe añadirse a su lote el valor de dichos bienes.

C. *Adjudicación de lotes.* Es la atribución en propiedad exclusiva a cada uno de los cónyuges o ex cónyuges, de los bienes que integran su lote. La partición puede ser amistosa o judicial. Cuando es amistosa, el traspaso de propiedad de cada lote al cónyuge o ex cónyuge adjudicatario se

produce con la aprobación definitiva de la partición. Cuando ésta es judicial, la transmisión de la propiedad exclusiva de cada porción ocurre cuando el tribunal declara terminada y sellada la partición.

5. *Efectos de la liquidación*

A. Cesación del estado de indivisión. Cada cónyuge o ex cónyuge se hace propietario exclusivo de los bienes que integran su lote.

B. Efecto declarativo de la partición. Se presume que cada uno de los cónyuges o ex cónyuges se hace propietario exclusivo de los bienes constitutivos de su lote de partición, con efecto desde la fecha de la disolución de la comunidad y que, desde entonces, no tuvo derecho alguno sobre los bienes que componen la porción del otro.

C. Garantía de los lotes. Los cónyuges o ex cónyuges se deben mutuo saneamiento por las evicciones y perturbaciones procedentes de causa anterior a la partición, a menos que la evicción se verifique por culpa de quien la sufre.

Se garantizan también recíprocamente, no sólo la existencia de los créditos incluidos en cada lote, sino la solvencia del deudor para el momento de la partición.

6. *Ineficacia de la liquidación*. La liquidación de la disuelta comunidad de gananciales pierde sus efectos por las mismas causas de ineficacia de los contratos (nulidad, revocación por mutuo acuerdo, resolución por incumplimiento, etc.), por una causa exclusiva de ineficacia de toda partición (rescisión por lesión) y por una causa de ineficacia propia de la liquidación y partición de la extinguida comunidad de gananciales (la caducidad), que se produce cuando los cónyuges, de mutuo acuerdo restablecen la comunidad de gananciales. Tal restablecimiento deja sin efecto la partición que hubieren efectuado los esposos, la cual debe reputarse como no realizada, quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros en el lapso comprendido entre la partición y su pérdida de efectos.

En relación a la procedencia del restablecimiento de la comunidad de gananciales, existen en la doctrina venezolana, diferentes posiciones:

Algunos autores, acertadamente, opinan que la comunidad conyugal puede restablecerse en todo caso en que se haya disuelto por causa diferente a la disolución del matrimonio (por muerte o divorcio), y a la nulidad del mismo. Tal posibilidad se impone en razón de que, desaparecidos los obstáculos que determinaron su disolución, es natural que la comunidad pueda resurgir.

En consecuencia, conforme a esta posición siempre que se haya disuelto la comunidad de gananciales subsistiendo el matrimonio, aquélla puede

restablecerse. Puede ocurrir en caso de regreso del declarado ausente, de rehabilitación del cónyuge fallido o de disolución de la comunidad por sentencia definitiva y firme de separación de bienes.[53]

Otros autores sostienen que no siempre puede restablecerse la comunidad de gananciales después que ha quedado disuelta y que ello procede sólo cuando la causa de su extinción fue la separación de bienes entre los cónyuges por administración irregular o cuando dicha separación de bienes resulta de la sentencia definitiva y firme que declare la separación de cuerpos y de bienes o del decreto judicial de separación de cuerpos y de bienes, dictado con vista a la solicitud hecha por los cónyuges de mutuo acuerdo.[54]

En relación a la posibilidad de restablecimiento de la comunidad de gananciales en el caso específico de haberse disuelto como consecuencia de la declaración de ausencia de uno de los cónyuges, Hanna Binstock sostiene:

> «En la doctrina nacional, en base al artículo 179 del Código Civil, se ha sostenido, que una vez disuelta la comunidad conyugal, sólo puede restablecerse si la disolución tuvo su fuente en una sentencia definitiva y firme de separación de bienes.
>
> Aun cuando no vemos claramente que la citada norma excluya el restablecimiento de la comunidad conyugal en los otros casos en que ella queda disuelta, entendemos la situación en la forma siguiente: observamos que la disolución que consagra la ley en caso de ausencia tiene carácter definitivo y no provisional, incluso en la fase de medidas provisionales, por lo que inferimos que la intención del legislador en cuanto a esa medida y a sus consecuencias es darle precisamente ese carácter definitivo. Pero, como el régimen de la comunidad conyugal es el legal, y como por disposición de los artículos 143 y 144 del Código Civil, ese régimen no es modificable después del matrimonio y el vínculo conyugal permanece a pesar de la ausencia, una vez que el desaparecido regresa vuelve a restablecerse ese sistema, pero no con efecto retroactivo —tal como lo prevé el artículo 179, cuando la disolución se produjo por sentencia de separación de bienes— sino a partir del regreso del ausente».[55]

---

[53] En este sentido Ramírez, Dominici, Barrios Guzmán, Granadillo.

[54] Cfr. López Herrera, *op. cit.*, pág. 533.

[55] Hanna Binstock Honig, «La presunción de muerte por accidente en la legislación venezolana», en *Studia Iuridica*, Nº 3, p. 65.

BIENES COMUNES
(Arts. 156, 158, 161 y 163 C.C.)

- Los bienes adquiridos *por título oneroso durante el matrimonio, a costa del caudal común*, bien que la adquisición se haga a nombre de ambos cónyuges o de uno de ellos (Art. 156, ord. 1º).
- Los obtenidos por la industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los cónyuges (Art. 156, ord. 2º).
- Los frutos, rentas o intereses devengados *durante el matrimonio*, procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges (Art. 156, ord. 3º).
- Los frutos y pensiones derivados del derecho de usufructo o de pensión propios de uno de los cónyuges, en sus cuatro quintas partes, durante los primeros veinte años de matrimonio e íntegramente después (Art. 158).
- Las donaciones hechas a alguno de los cónyuges, por razón del matrimonio, a menos que el donante manifieste lo contrario (Art. 161).
- El aumento de valor por mejoras hechas durante el matrimonio, en bienes propios de uno de los cónyuges, con dinero común o por industria de los cónyuges (Art. 163).

BIENES PROPIOS
(Arts. 151 y 152 C.C. y Art. 35 Ley sobre el Derecho de Autor)
(continúa)

- Los que pertenecen al marido o a la mujer al tiempo de contraer matrimonio (Art. 151 C.C.).
- Los que adquiera cada uno de los cónyuges, durante el matrimonio, a *título gratuito* (Art. 151 C.C.).
  - Por herencia, donación o legado.
  - Los derivados de las accesiones naturales.
  - La plusvalía de los bienes propios.
  - Los tesoros y bienes muebles que hallare abandonados.
  - Cualquier otro bien adquirido a título gratuito o lucrativo.

(Continuación)
BIENES PROPIOS
(Arts. 151 y 152 C.C. y Art. 35 Ley sobre el Derecho de Autor)

- Los que adquiera cada uno de los cónyuges durante el matrimonio, *a título oneroso*, por subrogación de otros bienes propios (Art. 152 C.C.)
  - Por permuta con otros bienes propios del cónyuge (Art. 152, ord. 1º).
  - Por derecho de retracto ejercido sobre bienes propios por el respectivo cónyuge y con dinero propio (Art. 152, ord. 2º).
  - Por donación en pago hecha al respectivo cónyuge por obligaciones provenientes de bienes propios (Art. 152, ord. 3º).
  - Los que adquiera durante el matrimonio a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento (Art. 152, ord. 4º).
  - Por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios (Art. 152, ord. 6º).
  - Por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que se haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí (Art. 152, ord. 7º).
- Bienes o derechos personalísimos, adquiridos a *título oneroso, con caudal común*, durante el matrimonio.
  - Indemnizaciones por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades (Art. 152, ord. 5º).
  - Indemnización por accidentes (Art. 152, ord. 5º).
  - Indemnización por hecho ilícito de un tercero.
  - Derecho de uso y de habitación.
  - Derechos de autor (Art. 35 Ley sobre el Derecho de Autor).
  - Vestidos, joyas y otros enseres y objetos de uso personal o exclusivo de la mujer o del marido (Art. 151 C.C.).

CARGAS COMUNES (Arts. 165 y 166 C.C.).

- Todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges en los casos en que pueda obligar a ambos (Art. 165, ord. 1º).
- Los réditos caídos y los intereses vencidos durante el matrimonio, a que estuvieren afectos los bienes propios de cada uno de los cónyuges o los comunes (Art. 165, ord. 2º).
- Las reparaciones menores o de conservación, ejecutadas durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges (Art. 165, ord. 3º).
- Todos los gastos que acarree la administración de los bienes comunes (Art. 165, ord. 4º).
- El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los de uno de los cónyuges, en los casos en que tienen derecho a alimentos (Art. 165, ord. 5º).
- Los alimentos que cualquiera de los cónyuges da por la Ley a sus ascendientes, cuando no pueda hacerlo con el producto de sus bienes propios (Art. 165, ord. 6º).
- Las donaciones hechas por cualquier causa a los hijos comunes, de mutuo acuerdo, por los cónyuges (Art. 166).

Capítulo XIII

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO. SUS CAUSAS. DIFERENCIA ENTRE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SEPARACIÓN LEGAL DE CUERPOS ENTRE CÓNYUGES. SEGUNDAS NUPCIAS: REQUISITOS Y EFECTOS. EL DIVORCIO. ALCANCE Y CONTENIDO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

I. Disolución del matrimonio

La disolución del matrimonio es la extinción de un matrimonio válidamente contraído.

1. *Causas de disolución de matrimonio.* A partir de la promulgación del Código Civil de 1904, que introdujo el divorcio en nuestra ley, el matrimonio en Venezuela se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio.

   El artículo 184 del Código Civil dispone:

   > «Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio».

   A. *Disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.* La muerte puede definirse como la cesación o término de la vida. Cuando una persona muere se extingue su aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. Las relaciones jurídicas pueden ser personales o patrimoniales. Las relaciones patrimoniales de la persona fallecida pueden, en principio, transmitirse a otras personas, sus herederos o causahabientes, en virtud de la sucesión *mortis causa*. Sus relaciones jurídicas personales, entre ellas las derivadas del matrimonio, en cambio, no pueden transmitirse y, por eso, terminan, se extinguen.

   B. *Disolución del matrimonio por divorcio.* El divorcio es la ruptura legal de un matrimonio válidamente contraído, durante la vida de los cónyuges, como consecuencia de un pronunciamiento judicial.

II. Diferencia entre disolución del matrimonio, nulidad del matrimonio y separación legal de cuerpos

Sabemos ya que la disolución del matrimonio es la extinción de un matrimonio válido. Hemos estudiado que la nulidad del matrimonio es una sanción civil, represiva y excepcional, determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de ciertas disposiciones legales y cuyo

efecto es, por regla general, eliminar el matrimonio de la vida jurídica, teniéndolo por no celebrado. La separación legal de cuerpos entre cónyuges, por su parte, es la situación jurídica en que se encuentran los casados cuando, por virtud de una sentencia definitiva y firme o de un decreto de separación de cuerpos, subsistiendo el matrimonio, se suspende entre ellos el deber de convivencia conyugal

Evidentemente tanto la disolución del matrimonio, como la declaración judicial de nulidad de un matrimonio, como la separación legal de cuerpos son factores de perturbación del matrimonio. Pero, aunque tienen este rasgo común, existen entre ellas, entre esas circunstancias que perturban el vínculo conyugal, claras diferencias, tanto en cuanto a las causas, que las producen, como en cuanto a los efectos que cada una de ellas produce.

1. *En cuanto a las causas*. Las causas de disolución del matrimonio (la muerte y el divorcio) son posteriores a la celebración del matrimonio. Son causas sobrevenidas. Lo mismo ocurre en relación con la separación de cuerpos, sus causas son también posteriores a la celebración del matrimonio. La separación legal de cuerpos resulta de la sentencia definitiva y firme de separación de cuerpos o del decreto de separación de cuerpos. En efecto, como estudiaremos en el tema siguiente, existen, según nuestra legislación, dos especies de separación de cuerpos: *Una contenciosa*, que presupone una demanda, por causas determinadas en la ley, implica un juicio, que concluye con una sentencia definitiva y firme; otra, *por mutuo consentimiento*, que comienza con una solicitud de separación de cuerpos hecha por los cónyuges ante el Juez competente, quien, con base en esa solicitud, decreta la separación de cuerpos. La sentencia definitiva y firme de separación de cuerpos o el decreto de separación de cuerpos, son posteriores a la celebración del matrimonio. Las causas de la nulidad de matrimonio, en cambio, existen para el momento de su celebración.

2. *En cuanto a sus efectos*. El efecto de la disolución del matrimonio es la extinción de un matrimonio válidamente contraído. Tal efecto se produce para el futuro (*ex nunc*), a partir de la muerte de uno de los cónyuges o del pronunciamiento judicial mediante el cual se declare disuelto el matrimonio. El matrimonio disuelto es plenamente eficaz, en todo caso, en el lapso comprendido entre su celebración y su ruptura por muerte o por divorcio.

El efecto normal de la declaración judicial de nulidad del matrimonio es eliminar el matrimonio irregular de la vida jurídica, considerándolo como no celebrado. La sentencia definitiva y firme de nulidad del

matrimonio, normalmente, produce efectos no sólo para el futuro, sino en el pasado; desde la celebración del matrimonio, para borrarlo de la vida jurídica (*ex tunc*). Excepcionalmente, cuando el matrimonio declarado judicialmente nulo, vale como putativo, la decisión que declare su nulidad vale sólo para el futuro; es decir, a partir de tal sentencia y no desde la celebración del matrimonio que se reputa válido en el lapso comprendido entre su celebración y la fecha de la sentencia que declaró su nulidad.

El efecto fundamental de la separación de cuerpos es la suspensión de la vida en común, del deber de convivencia, entre los esposos, subsistiendo el matrimonio. La separación legal de cuerpos no afecta la validez del matrimonio. El matrimonio subsiste, sólo que por efecto de la separación legal de cuerpos, queda suspendido entre los cónyuges el deber de vivir juntos. Los efectos de la separación legal de cuerpos se producen, en todo caso, para el futuro (*ex nunc*); a partir de la sentencia definitiva y firme o del decreto de separación de cuerpos.

III. Segundas nupcias

Disuelto el matrimonio por muerte o divorcio o anulado el vínculo matrimonial por sentencia definitiva y firme, puede el cónyuge sobreviviente, en el primer caso o ambos en los dos últimos, contraer nuevo matrimonio, segundas o ulteriores nupcias. En relación con la disolución del matrimonio por divorcio es necesario aclarar que aunque conforme al artículo 186 C.C., ejecutoriada la sentencia de divorcio, las partes podrán contraer libremente nuevo matrimonio, cuando el divorcio se ha basado en la causal prevista en el ordinal 7º del artículo 185 C.C. (interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves) el entredicho divorciado, hasta tanto no sea rehabilitado no podrá contraer nuevo matrimonio por ser incapaz matrimonialmente (artículo 46 Código Civil).

Se habla de segundas nupcias, en consecuencia, cuando una persona que ha contraído en anterior oportunidad matrimonio, disuelto o anulado éste, se propone contraer uno nuevo.

1. *Requisitos*. Una de las características del matrimonio en el Derecho Civil moderno es su unidad. Una persona no puede estar válidamente casada con dos personas del sexo opuesto, simultáneamente. No pueden celebrarse segundas nupcias existiendo el matrimonio anterior. En consecuencia, el primer requisito para la celebración de segundas nupcias de una persona, es la disolución o anulación del matrimonio anterior y la comprobación de tal circunstancia.

Cuando una persona proyecta contraer segundo o ulterior matrimonio, debe consignar en el acto de la manifestación esponsalicia ante el funcionario competente, los recaudos comprobatorios de que su

matrimonio anterior ha quedado disuelto o anulado; la copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido —si el matrimonio anterior se disolvió por muerte—; copia certificada del pronunciamiento judicial que declaró el divorcio —para el caso de que el matrimonio anterior se haya disuelto por divorcio— o copia certificada de la sentencia definitiva y firme de nulidad —si el matrimonio anterior fue anulado.

Si una persona estando casada, contrae nuevo matrimonio, éste quedará viciado de nulidad absoluta por haberse celebrado con transgresión del impedimento dirimente de vínculo anterior.

Por lo demás, en las segundas nupcias deben cumplirse todos los requisitos, de fondo y de forma, exigidos por la ley para contraer matrimonio.

2. *Efectos de las segundas nupcias.* Las segundas o ulteriores nupcias producen exactamente los mismos efectos, personales y patrimoniales, que el primer matrimonio.

IV. El divorcio

1. *Concepto*

Es la causa legal de disolución del matrimonio. Es la ruptura o extinción de un matrimonio válido, en vida de ambos cónyuges, en virtud de un pronunciamiento judicial.

2. *Fundamento jurídico del divorcio*

Por su propia naturaleza el matrimonio es perpetuo; debe disolverse, normalmente, sólo por la muerte de uno de los cónyuges. No es necesario recurrir a argumentos de carácter ético o religioso para defender la perpetuidad del matrimonio, puede afirmarse que ello es exigencia social. En efecto, los fines fundamentales del matrimonio sólo pueden cumplirse en forma favorable en uniones duraderas; no pueden lograrse cuando la unión es pasajera. Si pensamos que la base de la sociedad es la familia y que, a su vez, la forma más perfecta de constituir familia es el matrimonio, es fácil concluir que a mayor perdurabilidad del matrimonio, mayor estabilidad familiar y mejor organización social. En consecuencia, es la sociedad la primera interesada y la más inmediata beneficiaria de la perpetuidad del matrimonio.

En virtud de lo expuesto debe considerarse el divorcio, la ruptura del matrimonio en vida de ambos cónyuges, por pronunciamiento judicial, una institución excepcional.

Partiendo de la excepcionalidad del divorcio, existen dos corrientes, en relación con su fundamento jurídico, que se manifiestan en las causales de divorcio admitidas en las distintas legislaciones.

A. *Corriente del divorcio-sanción.* La corriente que considera el divorcio como una sanción, lo concibe como un castigo para el cónyuge que ha transgredido en forma grave, intencional e injustificada, sus deberes conyugales. Por eso, precisamente, sólo puede demandar el divorcio el cónyuge inocente, nunca el culpable. El cónyuge inocente, cuando demanda el divorcio, pide al Juez que aplique al cónyuge culpable *un castigo* con la declaración del divorcio y, cuando el Juez declara con lugar la demanda de divorcio, lo que hace es imponer al cónyuge culpable, como castigo, la disolución del matrimonio.

Existen causales de divorcio características que resultan de la consideración del divorcio como una sanción. Así, el adulterio, el abandono voluntario, las injurias, etc.

En nuestro país, las seis primeras causales de divorcio previstas en el artículo 185 C.C. se basan en la idea del divorcio como sanción.

B. *Corriente del divorcio remedio.* Esta corriente considera el divorcio como una solución al problema que representa la subsistencia del matrimonio cuando el vínculo se ha hecho intolerable, cuando ya estaba roto, aunque subsistía, independientemente de que esa situación pueda imputársele a alguno de los cónyuges. Se trata de un divorcio en el que no hay que entrar a indagar el porqué del fracaso conyugal, ni a cuál de los cónyuges es atribuible, aunque lo sea a uno de ellos. En las causales de divorcio características de esta concepción (la demencia u otras enfermedades graves, el mutuo acuerdo, por ejemplo) no hay cónyuge culpable y cónyuge inocente, sino dos cónyuges entre los cuales se ha hecho por circunstancias (en muchos casos independientes de su voluntad), intolerable el matrimonio.

En nuestro país la causal establecida en el ordinal 7º del artículo 185 C.C. (interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves), la prevista en el primer aparte del mismo artículo (transcurso de más de un año después de declarada la separación de cuerpos) y la contenida en el artículo 185-A, C.C. (ruptura prolongada de la vida en común) se inspiran en la consideración del divorcio como un remedio, como una solución.

3. *Sistemas legislativos*

El divorcio es una institución jurídica objeto de acentuada diversidad legislativa. Existen distintos sistemas:

El de las legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio vincular. Es excepcional. Así, en el Estado de Vaticano, Andorra, Paraguay.

El de las legislaciones que rechazan el divorcio para los católicos: Portugal.

El de las legislaciones que admiten el divorcio, pero por causas taxativamente enumeradas por el legislador que implican faltas graves a los deberes conyugales. Así, Bolivia, Honduras, Alemania.

El de las legislaciones que admiten el divorcio, además, por hechos que no revisten carácter de faltas. Por ejemplo, Estados Unidos, Suiza.

El de las legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo, sin expresión de causas, bien se conceda directamente (Costa Rica, Cuba, por ejemplo), bien como consecuencia de una separación de cuerpos consentida, convenida y mantenida por los cónyuges por un cierto período (Venezuela).

El de las legislaciones que, además de establecer causales determinadas, incluye una genérica que puede abarcar todos los casos imaginables. Ej.: Yugoslavia.

El de las legislaciones que, admiten el divorcio por voluntad unilateral del marido (antiguo Derecho Romano, Germánico, Islámico), de la mujer (Uruguay, de 1913 a 1914) y de uno u otro (URSS, antes de la reforma de 1944).

4. *El divorcio en Venezuela*

El divorcio vincular fue introducido en la legislación venezolana por el Código Civil de 1904. Antes sólo existía la separación de cuerpos (*divortium quod torum et mensam*), aunque era denominada divorcio en nuestra legislación.

Conforme a los Códigos Civiles de 1862 y de 1867, el conocimiento de los juicios de separación de cuerpos era competencia de los Tribunales Eclesiásticos, según el procedimiento pautado por el Derecho Canónico.

El Decreto-Ley sobre Esponsales y Matrimonio Civil (1-1-1873) seculariza la materia matrimonial. Con la entrada en vigencia de este Decreto-Ley se establece el matrimonio civil y se atribuye la competencia de los juicios de separación de cuerpos a los Tribunales Civiles, sistema que se mantiene desde entonces.

Los Códigos Civiles de 1873 y 1880 conservan, en esta materia, la regulación de los anteriores. El de 1896 introduce la condenación a presidio como causal de separación de cuerpos.

El Código Civil de 1904 introdujo el divorcio vincular, fundamentado en causales taxativamente enumeradas. En efecto, el artículo 151 del Código Civil de 1904, estableció:

«El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio declarado por sentencia firme».

Todas las causales de divorcio previstas en este Código (1904) implicaban violación grave de los deberes conyugales. Eran cinco causales (artículo 152). En el aparte único del artículo 153 se prohibía al cónyuge culpable, en caso de divorcio por adulterio, contraer nuevo matrimonio en el lapso de cinco años, contado a partir de la sentencia.

El Código de 1904 mantuvo la separación de cuerpos como otra solución, además del divorcio, a los problemas conyugales y estableció la posibilidad de su conversión en divorcio, transcurridos cinco años después de declarada aquélla, sin que hubiera reconciliación entre los cónyuges.

Los Códigos de 1916 y 1922, en materia de divorcio, no introducen reformas sustanciales. El de 1942 añade la causal de embriaguez consuetudinaria y reduce el lapso exigido para que se pueda solicitar la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, a dos años.

El Código Civil reformado (1982) elimina la consideración diferente del adulterio del marido y de la mujer, como causal de divorcio, introduce «la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común», como causal de divorcio y reduce a un año el lapso exigido para la posibilidad de conversión de la separación de cuerpos en divorcio. Además, en el artículo 185-A, se establece la posibilidad de solicitar el divorcio, alegando la ruptura prolongada de la vida en común, cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco años.

5. *Caracteres del divorcio*

A. *El divorcio es materia de orden público.* El matrimonio es la base principal y más perfecta de la familia y ésta, a su vez, la base de la sociedad. El Estado debe proteger la sociedad y, en consecuencia, la familia y el matrimonio.

El divorcio es causa de disolución del matrimonio y, por ello, afecta la estabilidad de la familia. Es una institución excepcional y dentro de tales límites debe mantenerse. Por esta razón el divorcio es materia de orden público. Las disposiciones legales que lo regulan son de orden público; los particulares no pueden, mediante convenio, modificarlas, relajarlas, ni renunciarlas.

B. *En el divorcio es necesaria la intervención del juez.* En todo caso de divorcio se requiere la intervención de la autoridad judicial competente, ya que sólo puede resultar de un pronunciamiento judicial.

C. *La enumeración de las causales es taxativa.* El Juez competente sólo podrá declarar el divorcio cuando ha sido alegada y comprobada alguna de las causales previstas en la ley.

El Código Civil reformado incurre en incorrección cuando en el artículo 185 C.C. establece: «Son causas únicas de divorcio» a pesar de que ahora hay una nueva que no está prevista en su enumeración, sino en el artículo 185-A. Entonces, aunque el artículo 185 C.C. establece que las únicas causas de divorcio en Venezuela son las enumeradas en el mismo artículo, lo cierto es que además de las ocho incluidas en tal enumeración, existe otra: la que consagra el artículo 185-A.

6. *Alcance y contenido de cada una de las causales de divorcio*

El artículo 185 C.C., establece:

> «Son causales únicas de divorcio:
>
> 1º El adulterio.
>
> 2° El abandono voluntario.
>
> 3° Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.
>
> 4º El conato de uno de los cónyuges para corromper o
>
> prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.
>
> 5º La condenación a presidio.
>
> 6° La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común.
>
> 7º La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.
>
> También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.
>
> En este caso el Tribunal, procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge y con vista del procedimiento anterior».

Y, a pesar de que el artículo 185 C.C., que hemos copiado textualmente, dispone que son causas únicas de divorcio las comprendidas en su enumeración, el artículo 185-A, agregado en el Código Civil reformado, establece una nueva causa. En efecto, el artículo 185-A preceptúa:

> «Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común.
>
> Con la solicitud deberá acompañar copia certificada de la partida de matrimonio.
>
> En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país.
>
> Admitida la solicitud, el Juez librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles, además, copia de la solicitud.
>
> El otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado. Si reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el Juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.
>
> Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente».

Son nueve, pues, las causas de divorcio en Venezuela, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil del 82. De ellas, las enumeradas en los seis primeros ordinales del artículo 185 C.C., implican violación grave de los deberes conyugales, por parte de uno de los esposos. El divorcio, en todos esos casos, se concibe como una sanción impuesta por el Juez, al cónyuge culpable, a solicitud del cónyuge inocente, que es el único que puede demandar el divorcio.

En la causal establecida en el ordinal 7º del artículo 185 C.C., se considera el divorcio como una solución, que no como castigo, como quiera que a nadie puede sancionarse por hechos que no le son imputables. Cuando se consagra la interdicción por perturbaciones psiquiátricas graves como causa de divorcio, se pretende hacer posible una solución al problema conformado por una vida matrimonial insostenible a causa de un hecho del cual no es responsable nadie.

Lo mismo ocurre con las causas de divorcio previstas en el aparte del artículo 185 C.C. y en el artículo 185-A C.C. Son causas inspiradas en la concepción del divorcio como una solución.

A. *El adulterio* (ordinal 1º, artículo 185 C.C.). Sabemos que adulterio es la unión sexual o ayuntamiento carnal entre un hombre y una mujer siendo uno de ellos, o ambos, casados.

Para que haya adulterio es menester que concurra el *elemento material,* representado por el acto carnal o cópula realizado por una persona casada

con persona diferente a su cónyuge, y el *elemento intencional*, que consiste en que el acto se ejecute voluntaria y conscientemente.

El ordinal 1° del artículo 185 del Código Civil del 42 daba un tratamiento diferente al adulterio como causal de divorcio, según se tratase del adulterio de la mujer o del adulterio del marido. En efecto, el adulterio de la mujer era considerado por el Código del 42, causal de divorcio en todo caso, en tanto que, para que el marido incurriera en la causal de divorcio de adulterio, era menester que mantuviera concubina notoriamente o que hubiera un concurso de circunstancias tales que constituyera una injuria grave para la mujer. Durante la vigencia del Código del 42, el adulterio del marido era causal facultativa de divorcio, ya que alegados y comprobados los hechos, el Juez tenía facultad para apreciar si, en el caso concreto, el adulterio había sido llevado a cabo manteniendo concubina notoriamente o con un concurso de circunstancias tales que constituyeran injuria grave para la mujer y si, en consecuencia, tales hechos habían constituido transgresión grave de los deberes conyugales. Conforme al Código Civil reformado, el adulterio del marido, al igual que el de la mujer, es causal de divorcio perentoria, lo que significa que, comprobado el adulterio, sin ninguna otra circunstancia, durante el juicio, el Juez debe declarar el divorcio sin tener facultad para estimar si, en el caso concreto, los hechos probados constituyen o no transgresión grave de las obligaciones conyugales, pues tal calificación ha sido hecha por el legislador.

El adulterio de la mujer siempre ha sido, conforme a nuestra legislación, causal perentoria.

El proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil inicialmente presentado a la Cámara de Diputados eliminaba el adulterio como causal independiente de divorcio. Se argumentó que por la dificultad de su prueba, excepcionalmente se alegaba el adulterio como causal de divorcio y, por otra parte, que todo adulterio constituye una injuria grave para el cónyuge, por lo que no era necesario mantenerla como causal autónoma, sino que quedaba incluido dentro de la causal de injuria grave. Luego, en el decurso de las discusiones de dicho proyecto, se acordó mantener el adulterio como causal de divorcio sin establecer diferencia entre el del marido y el de la mujer.

La prueba del adulterio requiere la demostración de que el marido o la mujer, según el caso, ha tenido relaciones sexuales con persona diferente a su cónyuge. No es menester probar el elemento intencional, pues el acto humano debe considerarse voluntario hasta que se demuestre lo contrario.

La demostración del adulterio es difícil; su prueba directa, casi imposible. Puede resultar, sin embargo, de la cosa juzgada penal o civil o, también, del reconocimiento, por una persona casada, de su hijo adulterino, lo que es posible, conforme al Código reformado, y debe admitirse, al menos como indicio, en la prueba del adulterio.

B. *Abandono voluntario* (ordinal 2°, artículo 185 C.C.). El abandono voluntario, como causal de divorcio consiste en el incumplimiento grave, voluntario e injustificado, de los deberes conyugales (deberes de asistencia, de socorro, de convivencia).

Para que se configure la causal de abandono voluntario, es menester que la transgresión de las obligaciones conyugales sea *grave, voluntaria e injustificada.*

Es *grave,* cuando el incumplimiento de los deberes conyugales responde a una actitud sostenida, definitiva, del marido o de la mujer. No constituyen abandono voluntario, en consecuencia, los simples hechos casuales, discontinuos o pasajeros.

Es *voluntaria* cuando resulta de acto intencional del cónyuge. Si uno de los esposos ha dejado de cumplir sus obligaciones conyugales por causas ajenas a su voluntad (por estar prisionero, por enfermedad, etc.) no incurre en la causal comentada. Los actos que configuran el abandono voluntario de un cónyuge deben haber sido realizados con el propósito preciso y determinado de infringir los deberes derivados del matrimonio.

De la voluntariedad como condición del abandono para que constituya causal de divorcio no debe deducirse la necesidad, para quien alega dicha causal, de comprobar, además de su elemento material, el abandono mismo, su voluntariedad o intencionalidad. En efecto, las acciones humanas son en principio voluntarias; el hombre normal procede con libre determinación. De manera que, en ausencia de causa que hubiere podido excluir la voluntariedad del acto y que debe ser demostrada, en caso de haberla, por quien la alega, el acto debe presumirse voluntario. Además, la prueba de la intencionalidad del abandono es, por regla general, imposible porque se refiere a motivaciones que corresponden al fuero interno del cónyuge demandado. En este sentido se ha pronunciado la Casación venezolana.

Es, por último, *injustificada* cuando no existe causa suficiente que justifique el incumplimiento grave y consciente de las obligaciones derivadas del matrimonio. Así, si uno de los cónyuges ha sido autorizado por el Juez competente, para separarse de la residencia común, si existe decreto o sentencia de separación de cuerpos, si el esposo abandonado amenazó seriamente al otro para constreñirlo al abandono, no ha habido abandono injustificado.

El abandono voluntario es causal de divorcio facultativa. Comprobados los hechos alegados por el demandante, corresponde al Juez competente apreciar, si en el caso concreto que se le somete, hubo o no infracción grave de los deberes que resultan del matrimonio.

C. *Excesos, sevicia e injuria grave que hagan imposible la vida en común* (ordinal 3º, artículo 185 C.C.). Se entiende por excesos conforme a la jurisprudencia nacional, los actos de violencia o de crueldad realizados por un cónyuge en contra del otro y que comprometan la salud y hasta la vida de éste.

Luis Sanojo sostiene que todo hecho que turbe al cónyuge, de cualquier forma, en el goce de sus derechos privados, o que tienda a obligarle a ejecutar lo que no esté de acuerdo con la opinión pública o con sus propias convicciones y, en suma, todos los hechos con que uno de los cónyuges, sin necesidad alguna, haga gravemente molesta la vida del otro, pertenecen a esta causal de divorcio.[56]

Sevicia es el maltrato material que, aunque no hace peligrar la vida de la víctima, hace imposible la convivencia entre los esposos.

Injuria es el agravio, la ofensa, el ultraje inferidos mediante expresión proferida o acción ejecutada por un cónyuge en deshonra, desprestigio o menosprecio del otro cónyuge. Injuria, como causal de divorcio es lo que un cónyuge dice, hace o escribe con la intención de deshonrar, afrentar, desacreditar o envilecer al otro cónyuge.

No todo exceso, sevicia o injuria constituye causal de divorcio. Para que lo sea es menester que reúna varias condiciones.

El exceso, la sevicia e injuria han de ser graves. Para establecer la gravedad del hecho concreto es necesario tomar en consideración las circunstancias que lo rodean. Su gravedad depende de ellas, de suerte que un mismo hecho concreto puede ser calificado de manera diferente en casos distintos, dependiendo su calificación, precisamente, de las circunstancias en las cuales se produjo.

El legislador, al establecer que son causal de divorcio los excesos, la sevicia y las injurias graves que hagan imposible la vida en común, da un criterio orientador para determinar la gravedad de los hechos.

---

[56] Sanojo, *op. cit.*, págs. 178-179.

No es necesario que los hechos constitutivos de los excesos, la sevicia o la injuria estén tipificados como delitos, puesto que no lo exige así el legislador.

Se ha planteado la discusión acerca de si, para que se admita la gravedad de tales hechos, es necesaria su reiteración, su repetición. En realidad, la ley no exige la habitualidad por lo que un solo acto de exceso, de sevicia o de injuria grave, puede hacer imposible la vida en común y constituir, por tal razón, causal de divorcio.

Los excesos, la sevicia o la injuria han de ser voluntarios; es decir, han de provenir de causa voluntaria del cónyuge demandado; que éste haya actuado con intención de agraviar, de desprestigiar a su cónyuge, en plenitud de sus facultades intelectuales.

Los excesos, la sevicia y las injurias han de ser injustificados. Si se comprueba que los hechos provinieron de legítima defensa o de cualquier otra causa que los justifique, no hay lugar a esta causal de divorcio.

La causal prevista en el ordinal 3º del artículo 185 C.C., que ahora analizamos, es una causal facultativa. Comprobados los hechos alegados por el demandante como constitutivos de excesos, sevicia o injurias (que deben haber sido determinados en forma precisa y no genérica, en el libelo de la demanda), corresponde al Juez de Instancia apreciar tales hechos para determinar si, en el caso concreto, hubo violación grave de los deberes derivados del matrimonio, si los hechos alegados y probados son de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.

D. *El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución* (ordinal 4°, artículo 185 C.C.). Se entiende por conato el inicio de una acción que no llega a realizarse plenamente. En consecuencia, para que un cónyuge incurra en esta causal de divorcio no es preciso que haya realizado plenamente la corrupción, perversión o depravación del otro cónyuge o de sus hijos, o su prostitución. Basta con que se haya iniciado la realización de actos encaminados a lograr tal propósito.

Es también causal de divorcio, la connivencia de uno de los cónyuges en la corrupción o prostitución del otro cónyuge o de uno de los hijos. Tal connivencia o confabulación puede derivar de la acción realizada por un cónyuge para facilitar o favorecer los actos de terceros encaminados a la corrupción o prostitución del otro cónyuge o de los hijos o de la omisión de aquél cuando, advirtiendo la actuación de un tercero con tal fin, no trata de evitarla.

Para que se incurra en esta causal de divorcio es menester que el acto que se le atribuya a uno de los cónyuges sea grave e intencional, ya que jamás puede ser justificado.

Es una causal facultativa. Corresponde al Juez de Instancia apreciar los hechos alegados y comprobados en el caso concreto, para determinar si hubo auténtico conato o connivencia en la corrupción o prostitución del otro cónyuge o de los hijos por parte del demandado.

El Código del 42, en el ordinal 4° de su artículo 185, se refería sólo al conato de corrupción o prostitución de los hijos o hijas y a la connivencia en su corrupción o prostitución. El Código reformado incluye el conato de corrupción o prostitución o la connivencia en la corrupción o prostitución del otro cónyuge. No significa por supuesto que, conforme al Código del 42, la acción de un cónyuge encaminada a la corrupción o prostitución del otro o connivencia a esos fines, no constituyera causal de divorcio. Tales hechos siempre constituyen injuria grave que hace imposible la vida en común entre esposos.

E. *La condenación a presidio* (ordinal 5º, artículo 185 C.C.). La pena de presidio es la más grave de todas las previstas en nuestra legislación; la condenación a presidio de un cónyuge, implica la comisión de un delito gravísimo, por lo que constituye violación grave del deber de asistencia conyugal.

Ésta es una causal de tipo perentorio. Comprobada que sea la condenación a presidio de uno de los cónyuges, el Juez tiene que declarar con lugar el divorcio, sin poder entrar a apreciar los hechos en el caso concreto, para determinar si hubo violación grave de las obligaciones conyugales.

Para que pueda invocarse como causal de divorcio la condenación a presidio, es necesario que exista sentencia definitiva y firme —sentencia definitiva y firme es aquella que por no haber sido apelada o recurrida oportunamente o por haber sido declarados sin lugar tales recursos, causa ejecutoria— que imponga a un cónyuge pena de presidio. Cuando ello ocurre, cuando el fallo queda ejecutoriado, se configura la causal, aunque, posteriormente, se produzca la amnistía o el indulto del condenado. A este respecto opina Alejandro Urbaneja Achelpol en sus Comentarios a la Sección 10 a, Título IV, Libro I del Código Civil de 1904:

> «La acción del divorcio, fundada en la causal 5º, no podría ser rechazada por el cónyuge condenado a presidio, con motivo de la conmutación o de la amnistía que le hubieren concedido las autoridades respectivas, pues, la sentencia de condenación a presidio, hecha firme, es la prueba de la condena, efectuada estante matrimonio, lo que es suficiente a establecer el derecho fundamental de la acción del divorcio para el otro cónyuge, y porque ambos son actos posteriores a la condenación misma». [57]

---

[57] Urbaneja Achelpol, *op. cit.*, págs. 92-93.

Es menester que la sentencia sea posterior al matrimonio, porque sólo a partir de él surgen los deberes conyugales y es posible su transgresión grave. La sentencia condenatoria a presidio anterior al matrimonio y ocultada al cónyuge puede ser alegada por éste para demandar el divorcio, como injuria grave, constituida, precisamente, por el acto de un cónyuge de ocultar al otro hechos muy graves de su pasado.

Es, además, necesario que la sentencia firme condenatoria haya sido dictada por tribunales venezolanos. La sentencia penal dictada por tribunales extranjeros no produce efectos en Venezuela. Por eso, es menester que la sentencia definitiva y firme que imponga pena de presidio a uno de los cónyuges haya sido dictada por tribunales nacionales. Así opina la doctrina nacional y también la doctrina y la jurisprudencia extranjeras.

La condenación por delitos graves cometidos por un cónyuge y que resulte de una decisión de tribunales extranjeros puede constituir causal de injuria grave.

Cuando la causal invocada en la demanda de divorcio es la condenación a presidio de uno de los cónyuges, debe acompañarse la copia certificada de la sentencia penal definitiva y firme o, al menos, debe indicarse en el libelo el Tribunal donde se encuentra archivada, para poder presentar en oportunidad posterior dentro del proceso, su copia certificada.

Si en los juicios de divorcio fundados en la causal que analizamos ahora, se presentare copia certificada de la sentencia firme de condenación a presidio, el Juez, declarará que no hay lugar a pruebas, por ser el punto de mero derecho y procederá a sentenciar la causa en el lapso legal (artículo 549 C.P.C.).

F. *La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común* (ordinal 6°, artículo 185 C.C.). El Código del 42, en el ordinal 6° de su artículo 185 C.C., se refería sólo a la embriaguez consuetudinaria, causal que fue introducida, en forma expresa, por ese Código, para evitar que quedara a criterio del Juez apreciar si esa situación podía considerarse constitutiva de causal de divorcio.

No se refería el Código del 42, como sí lo hace el vigente, a otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común.

> «La doctrina nacional consideraba que la comentada causal de divorcio, la embriaguez consuetudinaria, podía resultar de la condición análoga resultante de uso injustificado y continuado de estupefacientes». [58]

Y, en todo caso, la adicción a las drogas o fármaco-dependencia grave de uno de los cónyuges, constituye una grave violación de los deberes

---

[58] López Herrera, *op. cit.*, pág. 582.

derivados del matrimonio, puesto que generalmente implica, además de injuria grave para el otro cónyuge, abandono voluntario.

El Código vigente establece, de manera expresa, como causal de divorcio, tanto la adicción alcohólica como otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común.

La adicción alcohólica y la fármaco-dependencia para serlo, requieren habitualidad, incapacidad del adicto, que por eso precisamente lo es, de resistirse al consumo de tales substancias (alcohol u otras drogas).

La causal que analizamos es facultativa. Comprobados los hechos alegados por la parte actora, corresponde al Juez de instancia apreciarlos para determinar si, en el caso concreto, existe, en verdad, adicción alcohólica u otra forma grave de fármaco-dependencia que haga imposible la vida en común.

G. *La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común* (ordinal 7º, artículo 185 C.C.). Esta causal fue introducida por la Ley de Reforma Parcial del Código Civil que entró en vigencia el 26 de julio de 1982. Antes no existía. El eminente jurista Pedro Alid Zoppi, refiriéndose a esta nueva causal, destaca el error en que incurre el legislador al establecer que es causal de divorcio, la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves. El error radica en que psiquiátrico es lo relativo a psiquiatría y ésta es la ciencia que trata de las enfermedades mentales, razón por la cual el legislador ha debido emplear, al consagrar esta nueva causal de divorcio, la expresión «interdicción por causa de perturbaciones mentales graves» o «por causa de psicopatías graves» y no la que utilizó inadecuadamente, porque perturbaciones psiquiátricas son, propiamente hablando, las perturbaciones producidas en una persona por su reclusión en un psiquiátrico; es decir, en una institución destinada a la atención de enfermos mentales.

Ha sido muy discutida esta causal. Se argumenta que la posibilidad de demandar por divorcio al cónyuge entredicho por causa de perturbaciones psiquiátricas graves, es contraria al deber que existe entre los esposos, precisamente por serlo, de socorrerse mutuamente y de compartir la vida entera.

En nuestro criterio la introducción de la causal de divorcio que comentamos es una ruindad. El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para establecer entre ellos una plena comunidad de vida. Del matrimonio derivan una serie de deberes recíprocos entre los cónyuges; uno de ellos es precisamente, la obligación de prodigarse en *todos* los

momentos de la vida, *todas* las atenciones, los cuidados, la ayuda, el apoyo espiritual o físico que uno de los cónyuges pueda y el otro precise. Los esposos deben compartir todo entre ellos: los momentos buenos y los malos tiempos.

El Código Civil vigente dispone que en los casos de divorcio por esta causal de interdicción por perturbaciones psiquiátricas graves, el Juez no lo decretará sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo. Pero es que en caso de enfermedad y, especialmente en caso de enfermedad mental, más importante que la ayuda material concretada en «la manutención y el tratamiento médico del enfermo», es el apoyo afectivo, la ayuda, la preocupación constante por el bienestar del enfermo que debe darle a éste su cónyuge, antes que nadie. Y, si la vida en común con el perturbado mental pudiere llegar a constituir peligro para el cónyuge sano, puede éste solicitar al Juez competente, autorización para separarse de la residencia común, pero es menester seguir vinculado al enfermo y pendiente de él, porque así lo exige el deber conyugal de socorro.

La inclusión de esta causal de divorcio es, además, alarmante. Pone de manifiesto la tendencia a ampliar la procedencia del divorcio. Es posible, muy posible, que pronto, cualquier enfermedad grave y humanamente incurable de un cónyuge se constituya en causal que pueda ser alegada por el otro para demandar el divorcio. Se relaja con esto el espíritu de sacrificio que ennoblece y dignifica el matrimonio.

H. *El transcurso de más de un año después de declarar la separación de cuerpos sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges* (primer aparte, artículo 185 C.C.). Para que pueda solicitarse el divorcio en este caso es menester que concurran los requisitos siguientes:

Que exista entre los cónyuges separación legal de cuerpos declarada por sentencia definitiva y firme de separación de cuerpos (separación contenciosa) o por decreto judicial (separación por mutuo consentimiento o consensual).

Que haya transcurrido, contado a partir de la declaración de separación de cuerpos, más de un año.

Que durante ese lapso no haya habido reconciliación entre cónyuges.

El aparte único del art. 765 del C.P.C. vigente preceptúa:

«Si se alegare la reconciliación por alguno de los cónyuges, la incidencia se resolverá conforme a lo establecido en el artículo 607 de este Código».

Y el art. 607 C.P.C. dispone:

> «Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del Juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento,

> una de las partes reclamare alguna providencia el Juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo ésta o no, resolverá a más tardar dentro del tercer día, lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia.
>
> Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, el Juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día».

Es necesario aclarar que la conversión de la separación de cuerpos en divorcio no se produce automáticamente cuando están cumplidos los requisitos anotados. En tal situación pueden permanecer los esposos indefinidamente. Para que la separación de cuerpos se convierta en divorcio, es menester que uno de los cónyuges haga la correspondiente solicitud al Juez competente, y que éste, procediendo sumariamente, previa la notificación del otro cónyuge y con vista al procedimiento anterior, declare la conversión de la separación de cuerpos en divorcio.

El Código del 42 exigía el transcurso de dos años, contados a partir de la declaración de la separación de cuerpos para que se hiciera posible su conversión en divorcio, cuando no hubiere habido reconciliación entre cónyuges (ord. 7º, artículo 185m Código Civil 1942). El Código vigente acorta a un año el lapso de conversión. Al respecto existen opiniones diferentes: Muchas voces se han dejado oír para defender la rebaja del lapso alegando que dos años es un plazo excesivo y que no por ello se lograban mayores resultados. Personalmente adherimos a la opinión de los que sostienen que es absolutamente inconveniente facilitar el divorcio y esto es, realmente, lo que se persigue con la mencionada rebaja.

1. *Ruptura prolongada de la vida en común* (artículo 185-A, C.C.). De conformidad con el artículo 185-A del Código Civil reformado, cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio alegando ruptura prolongada de la vida en común, cuando han permanecido separados de hecho por más de cinco años.

Admitida la solicitud (que deberá acompañarse de la copia certificada del acta matrimonial) el Juez librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público.

Si el otro cónyuge (que debe comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado) reconoce el hecho (de la separación de hecho por más de cinco años) y el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el Juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.

Se ha pretendido justificar la causal de divorcio basada en la ruptura prolongada de la vida en común, argumentando que es una solución orientada a poner fin a un matrimonio que estaba roto, aunque subsistía, y a los problemas de filiación que podían presentarse como resultado de las uniones de hecho en que podía involucrarse cada cónyuge por su lado.

Realmente, en nuestra opinión, lo que ha ocurrido es que el Código vigente ha facilitado en forma increíble e inconveniente, la disolución del matrimonio, sin consideración alguna de la importancia que tiene para la familia y para la sociedad, la estabilidad matrimonial. No podemos ni debemos olvidar que la estabilidad matrimonial es, además de moralmente deseable, una exigencia social; que la estabilidad matrimonial depende, en alto grado, de la disposición que la pareja lleve al matrimonio, y que tal disposición es irremisiblemente influenciada por la facilidad o dificultad del divorcio.

Ciertamente, cuando se va al matrimonio considerándolo una unión indisoluble o, al menos, difícil de disolver en vida de los cónyuges, se piensa muy bien, se reflexiona más, se contrae el matrimonio responsablemente y, por eso, se tienen grandes probabilidades de lograr un matrimonio felizmente estable. Si, por el contrario, el matrimonio es fácilmente disoluble por divorcio, aumentan los matrimonios contraídos irresponsablemente, pensando, como ya es tristemente común, «si no me resulta, me divorcio; eso es muy fácil».

Se sostiene que, como el divorcio por esta causal debe ir precedido de una separación de hecho, de un cese de la convivencia conyugal, no se ha aceptado el divorcio por mutuo consentimiento.

Pero ocurre que ese previo cese de la convivencia puede basarse en el puro y simple acuerdo entre los cónyuges con lo que, realmente, el vínculo está en sus manos. Es más, los cónyuges, de mutuo acuerdo, pueden alegar ruptura prolongada de la vida en común, sin haberla, con la única condición de que tengan más de cinco años casados.

Es cierto que en este caso de divorcio la reforma impone la intervención del Fiscal del Ministerio Público, quien puede hacer oposición a la declaración del divorcio. Pero esta atribución del Fiscal del Ministerio Público es simbólica. En verdad no llega a entenderse qué puede alegar el mencionado funcionario para oponerse al divorcio si la ley misma faculta a los cónyuges para solicitarlo. No podría basar su oposición en que no existen pruebas de la separación de hecho durante el plazo legal, porque la reforma no las exige. La intervención del Fiscal del Ministerio Público puede resultar inoperante. El eminente jurista José Rafael Mendoza Mendoza, Juez Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Lara, ya jubilado, no admitía solicitudes de divorcio fundamentadas en la ruptura prolongada de la vida en común (art. 185-A, C.C.), sino

presentadas personalmente al Juez, en presencia de un Fiscal de Familia. El cónyuge solicitante debía además, jurar que son ciertos los hechos alegados, con la advertencia del Juez de que, si miente, será procesado por perjurio.

La finalidad que persigue el destacado Juez con esta decisión, que compartimos plenamente, es evitar la burla a la ley que significa alegar la ruptura prolongada de la vida en común como causal de divorcio, sin haber habido en realidad separación de hecho por más de cinco años entre los cónyuges, como exige el artículo 185 A C.C.

Saludamos esta iniciativa del Juez Mendoza Mendoza por justa y valiente. Quiera Dios que muchos Jueces de Familia sigan su ejemplo.

Actualmente, desde 1982, cursa por ante la Corte Suprema de Justicia, introducida por el doctor Pedro José Lara Peña, demanda de nulidad de los artículos 34 y 34-A de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil, por violar de manera flagrante disposiciones expresas de la Constitución Nacional.

Los abusos que previmos y temimos a pocos meses de haber entrado en vigencia la Reforma del Código Civil de 1982, en relación a la causal de divorcio consagrada en su art. 185-A, se han presentado con creces. Infinidad de matrimonios con más de cinco años de celebrados, se han disuelto en lapso brevísimo —un mes o algo menos— sólo por haberlo deseado así los cónyuges, sin haber habido cinco años —ni muchos menos tampoco— de separación de hecho. Ni siquiera la existencia de un hijo de la pareja en cuestión, concebido y nacido durante el lapso de la supuesta separación de hecho, ha sido obstáculo para que se pronuncie el divorcio por la predicha causal, ya que los interesados, asesorados por abogados, alegan y los Jueces admiten que la circunstancia de haber la esposa concebido por obra de su marido, durante la separación de hecho, no implica la reconciliación entre los cónyuges, ni siquiera la suspensión de la separación, sino que puede resultar de un mero y fugaz acercamiento esporádico.

Además, según cuadro estadístico elaborado por la Dirección de Familia y Menores de la Fiscalía General de la República, en 1989 fueron admitidas un total de 22.156 demandas y solicitudes de divorcio en los Tribunales Civiles del país y, de enero a julio de 1990, 13.393. Pues bien, por declaraciones del Dr. Alirio Abreu Burelli, Juez III de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda, aparecidas en el Diario *El Nacional* el jueves 27-9- 90 (Cuerpo C, pág. 1), pudimos conocer que de cada cien divorcios, noventa y cinco se producen por la causal consagrada en el art. 185-A del Código Civil.

V. Efectos del divorcio

1. *Entre los cónyuges*

A. En el aspecto personal. Su efecto fundamental es la disolución del matrimonio. Como consecuencia de la ruptura del matrimonio se extinguen los deberes conyugales. Si la tutela del entredicho divorciado era ejercida por el cónyuge, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 399 C.C., pero en este caso el Juez, a solicitud del tutor o de oficio, tomará las medidas preventivas en el ordinal 7° del artículo 185 C.C. (medidas encaminadas a procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo).

B. En el aspecto patrimonial, el divorcio determina:

a) La extinción del régimen patrimonial matrimonial, siempre accesorio del matrimonio.

b) La extinción del derecho-deber alimentario familiar entre los ex cónyuges. Sin embargo, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 195 C.C., cuando el divorcio ha sido declarado por las causales previstas en los seis primeros ordinales del artículo 185 C.C., el Tribunal que conozca del mismo podrá, al declararlo, conceder pensión alimentaria al cónyuge que no haya dado causa al juicio, cuando por incapacidad física u otro impedimento similar no pueda trabajar y carezca de otros medios para satisfacer sus necesidades. Esta obligación subsiste mientras dure la incapacidad o el impedimento y cesa con la muerte del obligado, del beneficiario o si este último contrae nuevo matrimonio.

c) La desaparición de la vocación hereditaria *ab intestato* que, recíprocamente, tenían los cónyuges durante el matrimonio.

2. *En relación con los hijos.*

Cuando el divorcio se haya fundamentado en alguna de las causales previstas en los ordinales 4º, 5º y 6° del artículo 185 C.C, el cónyuge culpable perderá la patria potestad sobre sus hijos menores. En este caso la patria potestad la ejercerá el otro progenitor y, si éste se encontrara impedido para ejercerla o hubiere sido privado de ella, el Juez abrirá la tutela. En los demás casos el divorcio no produce la privación de la patria potestad.

En relación con la guarda de los hijos, el Juez competente decidirá en la sentencia de divorcio y en interés del menor, la atribución de la guarda de los hijos a uno de los progenitores en el lugar donde éste fije su residencia, pudiendo también confiarla a terceras personas aptas para ejercerla. La guarda de los hijos menores de siete años será ejercida por la madre, salvo que, por graves motivos, el Juez tome otra providencia.

El cónyuge a quien no se haya atribuido la guarda conserva las demás facultades inherentes a la patria potestad y las ejercerá conjuntamente con el otro.

El Juez, en la sentencia definitiva de divorcio, también debe determinar el régimen de visita para el progenitor a quien no se haya atribuido la guarda y el monto de la pensión alimentaria que el mismo progenitor deberá suministrar a los menores. Además, hará asegurar su pago con las medidas que estime convenientes entre las previstas en la ley. [59]

[59] *Vid.* arts. 351 y 360 LOPNA.

DIFERENCIA ENTRE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SEPARACIÓN LEGAL DE CUERPOS

En cuanto a las causas

- *De la disolución del matrimonio:* La muerte de uno de los cónyuges (causa natural) y el divorcio (causa legal). Son *causas sobrevenidas,* porque se producen con posterioridad a la celebración del matrimonio.
- *De la nulidad del matrimonio:* La transgresión de ciertas disposiciones legales en el perfeccionamiento del matrimonio. Son *causas coetáneas,* porque existen para el momento de la celebración del matrimonio.
- *De la separación legal de cuerpos:* La sentencia definitiva y firme de separación de cuerpos y el decreto de separación de cuerpos. Son *causas sobrevenidas,* porque tanto una como la otra se producen después de la celebración del matrimonio.

(Continuación)
DIFERENCIA ENTRE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SEPARACIÓN LEGAL DE CUERPOS

En cuanto a los efectos

De la disolución del matrimonio: La extinción de un matrimonio válido. Este efecto se produce sólo hacia el futuro (*ex-nunc*), es decir, a partir de la fecha en que se da la causa de disolución del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges o el divorcio.

De la nulidad del matrimonio: La eliminación de un matrimonio irregular, de la vida jurídica, para considerarlo como si nunca se hubiera celebrado. *Por regla general,* la sentencia definitiva y firme que declara la nulidad del matrimonio, produce efectos desde la fecha de la celebración del matrimonio irregular; *excepcionalmente,* cuando el matrimonio declarado nulo vale como putativo, los efectos de la sentencia definitiva y firme de nulidad, se producen a partir de su fecha (*ex-nunc*).

De la separación legal de cuerpos: El efecto fundamental de la separación legal de cuerpos es la suspensión del deber de cohabitación conyugal, efecto que se produce sólo hacia el futuro (*ex-nunc*), vale decir, a partir de la fecha de la sentencia definitiva y firme de separación de cuerpos (separación de cuerpos contenciosa) o del decreto de separación de cuerpos (separación de cuerpos por mutuo consentimiento).

Capítulo XIV

LA SEPARACIÓN DE CUERPOS. SU DIFERENCIA FUNDAMENTAL CON EL DIVORCIO. LA SEPARACIÓN DE CUERPOS CONTENCIOSA: CAUSAS POR LAS CUALES PUEDE DEMANDARSE. EL MUTUO CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS. LA SEPARACIÓN DE BIENES. SUS EFECTOS CONTRA TERCEROS. CARACTERES DE LAS ACCIONES DE DIVORCIO Y DE SEPARACIÓN DE CUERPOS. LA RECONCILIACIÓN. SUS EFECTOS.

I. La separación de cuerpos

1. *Concepto.* La separación legal de cuerpos es la situación jurídica en que se encuentran los casados cuando, subsistiendo el matrimonio, ha quedado suspendido entre ellos el deber conyugal de convivencia, por sentencia firme o decreto judicial de separación de cuerpos.

Hemos estudiado que el matrimonio tiene por finalidad establecer una comunidad de vida entre los cónyuges, razón por la cual éstos deben vivir juntos (artículo 137 C.C.). Sin embargo, puede ocurrir que este deber de convivencia haya quedado suspendido entre los esposos como consecuencia de una sentencia firme o de un decreto de separación de cuerpos. Entonces, subsiste el vínculo matrimonial pero está suspendida la vida en común de los esposos.

2. *Su diferencia fundamental con el divorcio.* La diferencia fundamental que existe entre el divorcio y la separación de cuerpos es la siguiente: El divorcio es una de las causas de disolución del matrimonio; mediante el divorcio se rompe, se extingue un matrimonio válidamente contraído. En cambio, la separación de cuerpos no disuelve el matrimonio; el vínculo subsiste entre los esposos separados legalmente de cuerpos. La separación de cuerpos sólo suspende el deber de convivencia conyugal. Los demás deberes derivados del matrimonio subsisten: la obligación de mutua fidelidad, de asistencia recíproca en la satisfacción de sus necesidades, el deber de socorro mutuo, aunque este último se vea afectado, ya que el cumplimiento óptimo de él sólo se logra mediante la vida en común.

3. *Fundamento de la separación legal de cuerpos.* En el campo de la fundamentación jurídica de la separación legal de cuerpos, nos

encontramos dos grandes tendencias, las mismas que analizamos al referirnos a este mismo punto en relación al divorcio. Ellas son:

A. *Corriente de la separación de cuerpos como sanción.* Es la tendencia tradicional. Concibe la separación legal de cuerpos como un castigo para el cónyuge que ha violado en forma grave, consciente e injustificada, sus deberes matrimoniales. Cuando uno de los esposos demanda la separación legal de cuerpos, pide al Juez que aplique al cónyuge culpable el castigo que merece. Cuando el Juez declara la separación legal de cuerpos, aplica al cónyuge culpable la sanción a que se ha hecho acreedor por su conducta de infracción de sus obligaciones conyugales.

B. *Corriente de la separación legal de cuerpos como remedio.* Considera esta corriente la separación legal de cuerpos como un remedio, como una solución, que el Derecho ofrece a los cónyuges cuya convivencia se ha hecho insostenible y en virtud del cual pueden suspenderla. La causal característica de separación legal de cuerpos concebida como remedio es el mutuo consentimiento de los cónyuges. Cuando éstos acuerdan entre sí solicitar la separación legal de cuerpos, piden al Juez que declare una solución para el problema de la vida en común que, por circunstancias, se ha tornado intolerable.

II. La separación legal de cuerpos en Venezuela

1. *Breve nota histórica*

La separación legal de cuerpos como remedio legal a las perturbaciones graves de la vida conyugal, ha sido consagrada siempre en nuestra legislación.

Durante la vigencia del Código Civil de 1862 la separación de cuerpos (que en todos los Códigos anteriores al de 1904 se denominaba divorcio) era competencia de los tribunales eclesiásticos y se trataba por el procedimiento establecido por el Derecho Canónico. En efecto, en el artículo 61 de la Ley relativa al matrimonio del Código de 1862, se estableció:

> «El juicio de divorcio pertenece a la autoridad eclesiástica. Los efectos civiles del divorcio, esto es, todo lo concerniente a los bienes de los cónyuges, a su libertad personal, a la crianza y educación de los hijos, son reglados privativamente por las leyes y Tribunales civiles».

El Código Civil de 1867 mantiene la competencia eclesiástica en los casos de separación de cuerpos (que continúa denominándose divorcio). Determina sus efectos cuando dispone: «El divorcio no disuelve el

matrimonio; pero suspende la vida en común de los esposos» y establece taxativamente sus causales.

Luego, el Decreto-Ley sobre Esponsales y Matrimonio Civil (1-1-1873) secularizó el matrimonio y atribuyó a los Tribunales Civiles la competencia exclusiva en los procesos de separación de cuerpos. De allí en adelante se ha mantenido igual sistema.

En los Códigos de 1873, de 1880 y de 1896 no hubo modificaciones substanciales al respecto.

El Código Civil de 1904 consagró por vez primera en Venezuela el divorcio, como ya hemos estudiado y, a la vez, conservó la separación de cuerpos, como solución optativa para los esposos. El Código de 1904 estableció, además, la posibilidad de conversión de la separación de cuerpos en divorcio, por el transcurso de cinco años desde la fecha de la sentencia de separación, sin que hubiera habido reconciliación.

El Código Civil de 1916 introdujo la separación de cuerpos por mutuo consentimiento. A partir de la promulgación de este instrumento legal existen en nuestro país dos especies de separación legal de cuerpos: la contenciosa y la consensual o por mutuo consentimiento.

El Código de 1922 no introdujo modificaciones en esta materia. El del 42 redujo a dos años el lapso de conversión de la separación de cuerpos en divorcio; sus otras previsiones relativas a la separación de cuerpos son esencialmente iguales a las de los dos Códigos anteriores.

El Código Civil vigente redujo aún más el lapso de conversión de la separación de cuerpos en divorcio. En efecto, según el primer aparte del artículo 185 C.C., también se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año después de declarada la separación de cuerpos sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.

2. *Especies de separación legal de cuerpos*

En Venezuela, a partir de la promulgación del Código Civil de 1916, que consagró el mutuo consentimiento como causa de separación legal de cuerpos, existen dos especies de ésta:

A. *La separación de cuerpos contenciosa.* Es la que presupone una demanda fundamentada en alguna de las causales de separación de cuerpos previstas por la ley, implica un juicio y culmina con una sentencia de separación de cuerpos.

B. *La separación de cuerpos por mutuo consentimiento.* En este caso no hay controversia, no hay litigio sino que ambos cónyuges, de mutuo acuerdo, solicitan al Juez Competente la declaración de la separación de cuerpos. Culmina con el decreto de separación de cuerpos dictado

por el Juez en atención a la solicitud hecha, de mutuo acuerdo, por los cónyuges.

3. *La separación de cuerpos contenciosa. Causas por las cuales puede demandarse*

Ya hemos estudiado que la separación de cuerpos contenciosa comienza con la demanda interpuesta por uno de los cónyuges y fundamentada en alguna de las causales de separación de cuerpos previstas en la ley.

Conforme al artículo 189 del Código Civil, son causas únicas de separación de cuerpos, las seis primeras que establecen el artículo 185 C.C. para el divorcio y el mutuo consentimiento. En consecuencia, la separación de cuerpos contenciosa *sólo puede demandarse por las seis primeras causales previstas por el artículo 185 C.C. para el divorcio.*

A este respecto es necesario destacar una incongruencia del Código Civil reformado. En efecto, el artículo 189 C.C. es perfectamente congruente con el artículo 185 C.C. del Código del 42, que establecía siete causas únicas de divorcio, la última de las cuales estaba constituida por el «transcurso de dos años después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges». Pero ocurrió que el Código Civil reformado, en su artículo 185, también contiene siete causales de divorcio en siete ordinales (además de una octava causal en el primer aparte), pero la séptima no es ya «el transcurso de dos años después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges», sino «la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común». Y como el artículo 189 C.C. no se modificó, «son *causas únicas* de separación de cuerpos las *seis primeras* que establece el artículo 185 C.C. para el divorcio y el mutuo consentimiento, de lo que resultaría que la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común, no sería causal de separación de cuerpos, pero sí de divorcio. Ésa es, precisamente, la incongruencia del legislador del 82 porque resulta absurdo que la predicha causal lo sea de lo más —el divorcio—y no de lo menos —la separación de cuerpos.

Esta incongruencia del legislador del 82 no ha tenido mayor trascendencia en la práctica, porque en nuestro país, en la casi totalidad de los casos —por no decir en la totalidad— la separación legal de cuerpos es solicitada de mutuo acuerdo por los cónyuges. Es excepcional una separación de cuerpos contenciosa.

4. *La separación de cuerpos por mutuo consentimiento*

El Código Civil de 1916 introdujo el mutuo consentimiento como causa de separación legal de cuerpos.

En esta especie de separación de cuerpos no hay litigio, no hay controversia entre los cónyuges, no hay procedimiento contencioso. Ambos esposos, de mutuo acuerdo, solicitan la separación al Juez competente, y éste, con vista a la solicitud, decreta la separación.

La separación de cuerpos por mutuo consentimiento está regulada por las disposiciones contenidas en los artículos 189 y 190 C.C. y 762 y ss. del C.P.C.

PROCEDIMIENTO

Juez competente: Juez de Primera Instancia en lo Civil con jurisdicción en el domicilio conyugal.

SOLICITUD: Los cónyuges que han decidido, de mutuo acuerdo, separarse legalmente de cuerpos, deben presentar personalmente, y por escrito, al Juez competente, la solicitud de separación. En este caso no se admite la representación impropia: en ningún caso la comparecencia de los esposos solicitantes puede tener lugar por medio de apoderados. La presentación de la solicitud de separación debe hacerse *personalmente* por los interesados (art. 189 C.C.).

En la solicitud basta con que los esposos expongan su decisión de separarse legalmente de cuerpos y pidan al Juez competente su declaración. Pueden, además, conforme al artículo 762 C.P.C. en el mismo escrito, establecer lo que hayan resuelto acerca de la situación, la educación, el cuidado y la manutención de los hijos, si los hubiere; si optan por la separación de bienes y la pensión alimentaria que uno fije al otro, si esto fuere necesario.

El decreto de separación legal de cuerpos debe ser dictado por el Juez en el mismo acto en el cual fue presentada la solicitud personalmente por los interesados (art. 189 C.C. y art. 762, Parágrafo primero, C.P.C.).

En el procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento no se requiere la intervención del representante del Ministerio Público, como parte de buena fe. Tal intervención es necesaria sólo en las *causas* de divorcio o de separación de cuerpos; es decir, en los procedimientos contenciosos (juicios) de divorcio o de separación de cuerpos (artículo 196 C.C.).

5. *Efectos de la separación de cuerpos*

A. *Entre los cónyuges*

a) *Efectos personales*: La separación legal de cuerpos no extingue el vínculo matrimonial, no disuelve el matrimonio; éste subsiste.

Suspensión del deber de convivencia conyugal. La separación de cuerpos suspende la vida en común de los casados.

Afecta el cumplimiento del deber de socorrerse mutuamente, ya que éste sólo puede cumplirse en forma óptima, cuando los esposos viven juntos.

Posibilidad de su conversión en divorcio. Conforme a lo establecido en el primer aparte del artículo 185 C.C., se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año después de declarada la separación de cuerpos sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.

b) *Efectos patrimoniales*

En relación con el régimen patrimonial matrimonial. La separación legal de cuerpos no disuelve el matrimonio y por tal razón, el régimen patrimonial matrimonial no se extingue automáticamente, por vía de consecuencia. Sin embargo, cuando el régimen patrimonial matrimonial es el de comunidad de gananciales o cualquier otro de comunidad limitada estipulado en capitulaciones matrimoniales, cualquiera de los cónyuges, en todo caso de separación de cuerpos (contenciosa o por mutuo consentimiento), podrá pedir la separación de bienes (artículo 190 C.C.).

Con respecto al deber alimentario entre cónyuges. Como la separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, no afecta la obligación alimentaria familiar entre los esposos.

En lo atinente a la vocación hereditaria ab intestato. Debe distinguirse 1) *En caso de separación de cuerpos sin separación de bienes.* Sabemos que en todo caso de separación de cuerpos, ésta *puede* ir acompañada de separación de bienes (artículo 190 C.C.). La separación de bienes, en caso de separación de cuerpos (contenciosa o por mutuo consentimiento) es facultativa de los cónyuges. Luego puede darse la separación de cuerpos sin separación de bienes. En este caso cada uno de los cónyuges conserva su vocación hereditaria en la herencia *ab intestato* del otro. 2) *En caso de separación de cuerpos y de bienes.* Cuando la separación de cuerpos (contenciosa o por mutuo consentimiento) va acompañada de separación de bienes, cada uno de los cónyuges pierde sus derechos sucesorios en la herencia *ab intestato* del otro, salvo prueba de reconciliación (artículo 823 C.C.).

B. *En relación con los hijos*

a) *Efectos sobre la patria potestad.* Cuando la separación de cuerpos se hubiere basado en algunas de las causales previstas en los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 185 C.C., el cónyuge que haya incurrido en ellas quedará privado de la patria potestad. En este caso la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro progenitor y, si éste se encontraba impedido para ejercerla o hubiere sido privado de ella, el Juez abrirá la tutela.

En los demás casos, la separación de cuerpos no produce la privación de la patria potestad, de suerte que ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores (art. 192 C.C.). [60]

b) *Efectos sobre la guarda de los hijos*. El Juez, en la sentencia de separación de cuerpos, decidirá, en interés del menor, la atribución de la guarda a uno de los progenitores, en el lugar donde éste fije su residencia, pudiendo también confiarla a terceras personas, aptas para ejercerla (art. 192 C.C., primer aparte).

La guarda de los hijos menores de siete años será ejercida por la madre, salvo que, por graves motivos, el Juez competente tome otra providencia (art. 192 C.C., segundo aparte).

Conforme al artículo 39 de la Ley Tutelar de Menores, antes de decidir en relación con la guarda de los hijos, el Juez competente deberá cumplir lo establecido en el artículo 6° de la Ley del Instituto Nacional del Menor, el cual dispone que, en los juicios de divorcio o de separación de cuerpos, para decidir en definitiva sobre la guarda y custodia de los menores hijos habidos en el matrimonio y fijar a favor de éstos la pensión alimentaria correspondiente, deberá el Juez obtener previamente, del Instituto Nacional del Menor, un informe social, el cual será solicitado en el auto de admisión de la demanda o dentro de las cinco audiencias siguientes y consignado por el Instituto en un plazo no mayor de sesenta días.

En casos de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, los cónyuges acordarán lo relativo a la guarda y manutención de los hijos menores, si los hubiere, teniendo presente lo dispuesto en el segundo aparte del artículo 192 C.C. y en el artículo 38 de la Ley Tutelar de Menores.[61] Es conveniente aclarar que conforme a la disposición contenida en el artículo 40 de la Ley Tutelar de Menores, en los casos en que los padres vivan separados y no estuvieren de acuerdo acerca de la guarda de los hijos, siempre que no curse juicio de divorcio o de separación de cuerpos (como en el caso de separación legal por mutuo consentimiento) el Juez de Menores decidirá en interés del menor, cuál de ellos ejercerá la guarda. Además podrá, previo informe social y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 63 de esa misma Ley, por motivos graves, confiar la guarda del menor a terceras personas aptas para ejercerla, prefiriéndose, si fuera el caso, a quien hubiere tenido el menor a su cuidado. [62]

---

[60] *Vid.* arts. 351 y 684 LOPNA.

[61] *Vid.* art. 684 LOPNA.

[62] *Vid.* art. 360 LOPNA.

c) *Régimen de visitas y pensión alimentaria.* En el caso de separación de cuerpos contenciosa el Juez competente, en la sentencia definitiva, determinará el régimen de visitas para el progenitor a quien no haya atribuido la guarda o la patria potestad, así como el monto de la pensión alimentaria que el mismo deberá suministrar a los menores y hará asegurar su pago con las medidas que estime convenientes entre las previstas por la Ley (art. 192 C.C., tercer aparte).[63]

En caso de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, los cónyuges acordarán lo relativo al régimen de visitas y al suministro de pensión alimentaria para los hijos del matrimonio, si los hubiere.

III. La separación de bienes

Conforme al artículo 190 C.C., en todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes.

La separación de cuerpos, como hemos estudiado, no extingue el matrimonio y, por tal razón, el régimen patrimonial matrimonial tampoco se extingue.

Sin embargo, cuando el régimen de bienes en el matrimonio es el de comunidad limitada de gananciales o cualquier otra especie de comunidad limitada estipulada mediante capitulaciones matrimoniales, cualquiera de los cónyuges, en todo caso de separación de cuerpos, puede pedir la separación de bienes. Es necesario aclarar que se trata de una facultad reconocida por el legislador a cualquiera de los esposos, mas no una obligación. De suerte que, existiendo separación de cuerpos entre los esposos, si éstos lo desean, pueden conservar entre sí, la comunidad de bienes.

1. *La separación de bienes en caso de separación de cuerpos contenciosa.* En este caso, el cónyuge demandante puede solicitar la separación de bienes en el libelo de la demanda; de ser así, éste debe registrarse en una Oficina Subalterna de la jurisdicción del domicilio conyugal (art. 176 C.C.). La sentencia que declare con lugar la demanda de separación de cuerpos, tiene que declarar la separación de bienes cuando el demandante, ejerciendo la facultad que le atribuye el artículo 190 C.C., la hubiere pedido en el mismo libelo de la demanda.

Puede ocurrir que el cónyuge demandante no haya pedido la separación de bienes en el libelo de demanda de separación de cuerpos. La doctrina venezolana piensa, en nuestro criterio atinadamente que, si tal es el caso,

[63] *Vid.* art. 684 LOPNA.

el cónyuge demandado, en el acto de contestación de la demanda, puede solicitar que, para el caso de que se declare con lugar la acción de separación de cuerpos, se pronuncie también la separación de bienes. Esto conforme al artículo 190 C.C. que acuerda a *cualquiera de los cónyuges* la facultad de pedir la separación de bienes en *todo caso* de separación de cuerpos. Si es el demandado quien pide la separación de bienes en el acto de contestación de la demanda, debe registrarse en una Oficina Subalterna de Registro con jurisdicción en el domicilio conyugal, el escrito de contestación de la demanda o la actuación judicial que la contenga.

La sentencia definitiva y firme que declara la separación de cuerpos y de bienes debe también ser registrada en una Oficina Subalterna del domicilio conyugal (art. 176 C.C.).

2. *La separación de bienes en caso de separación de cuerpos por mutuo consentimiento.* Sabemos que el procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento comienza con la solicitud hecha de mutuo acuerdo por ambos cónyuges y presentada personalmente por ellos al Juez competente. Pues bien, puede ocurrir que ambos esposos estén también de acuerdo en solicitar la separación de bienes, caso en el cual harán el pedimento, conjuntamente, en el mismo escrito mediante el cual solicitan de la autoridad judicial, la declaración de separación de cuerpos. Si ambos esposos están de acuerdo en separarse de cuerpos, pero disienten en lo relativo a la separación de bienes, presentarán al Juez competente, conjuntamente, el escrito de separación de cuerpos. Sin embargo, en este último caso, el cónyuge que desee, además de la separación de cuerpos, la separación de bienes, puede hacer la correspondiente solicitud de disolución de la comunidad conyugal, al Juez competente en escrito separado, en ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 190 C.C.

El Juez, con base en ambas solicitudes debe declarar la separación de cuerpos y de bienes entre los cónyuges. El decreto respectivo debe ser registrado en una Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal (art. 190 C.C.).

De conformidad con lo pautado en el art. 762, Parágrafo segundo, C.P.C. vigente, la falta de manifestación acerca de la separación de bienes no impedirá a los cónyuges optar por ella posteriormente, dentro del lapso de la separación.

Sus efectos contra terceros

La sentencia definitiva y firme que declare la separación de cuerpos y de bienes, como ya hemos estudiado, debe ser registrada en una Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal. Si la separación de bienes,

c) *Régimen de visitas y pensión alimentaria.* En el caso de separación de cuerpos contenciosa el Juez competente, en la sentencia definitiva, determinará el régimen de visitas para el progenitor a quien no haya atribuido la guarda o la patria potestad, así como el monto de la pensión alimentaria que el mismo deberá suministrar a los menores y hará asegurar su pago con las medidas que estime convenientes entre las previstas por la Ley (art. 192 C.C., tercer aparte).[63]

En caso de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, los cónyuges acordarán lo relativo al régimen de visitas y al suministro de pensión alimentaria para los hijos del matrimonio, si los hubiere.

III. La separación de bienes

Conforme al artículo 190 C.C., en todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes.

La separación de cuerpos, como hemos estudiado, no extingue el matrimonio y, por tal razón, el régimen patrimonial matrimonial tampoco se extingue.

Sin embargo, cuando el régimen de bienes en el matrimonio es el de comunidad limitada de gananciales o cualquier otra especie de comunidad limitada estipulada mediante capitulaciones matrimoniales, cualquiera de los cónyuges, en todo caso de separación de cuerpos, puede pedir la separación de bienes. Es necesario aclarar que se trata de una facultad reconocida por el legislador a cualquiera de los esposos, mas no una obligación. De suerte que, existiendo separación de cuerpos entre los esposos, si éstos lo desean, pueden conservar entre sí, la comunidad de bienes.

1. *La separación de bienes en caso de separación de cuerpos contenciosa.* En este caso, el cónyuge demandante puede solicitar la separación de bienes en el libelo de la demanda; de ser así, éste debe registrarse en una Oficina Subalterna de la jurisdicción del domicilio conyugal (art. 176 C.C.). La sentencia que declare con lugar la demanda de separación de cuerpos, tiene que declarar la separación de bienes cuando el demandante, ejerciendo la facultad que le atribuye el artículo 190 C.C., la hubiere pedido en el mismo libelo de la demanda.

Puede ocurrir que el cónyuge demandante no haya pedido la separación de bienes en el libelo de demanda de separación de cuerpos. La doctrina venezolana piensa, en nuestro criterio atinadamente que, si tal es el caso,

---

[63] *Vid.* art. 684 LOPNA.

el cónyuge demandado, en el acto de contestación de la demanda, puede solicitar que, para el caso de que se declare con lugar la acción de separación de cuerpos, se pronuncie también la separación de bienes. Esto conforme al artículo 190 C.C. que acuerda a *cualquiera de los cónyuges* la facultad de pedir la separación de bienes en *todo caso* de separación de cuerpos. Si es el demandado quien pide la separación de bienes en el acto de contestación de la demanda, debe registrarse en una Oficina Subalterna de Registro con jurisdicción en el domicilio conyugal, el escrito de contestación de la demanda o la actuación judicial que la contenga.

La sentencia definitiva y firme que declara la separación de cuerpos y de bienes debe también ser registrada en una Oficina Subalterna del domicilio conyugal (art. 176 C.C.).

2. *La separación de bienes en caso de separación de cuerpos por mutuo consentimiento.* Sabemos que el procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento comienza con la solicitud hecha de mutuo acuerdo por ambos cónyuges y presentada personalmente por ellos al Juez competente. Pues bien, puede ocurrir que ambos esposos estén también de acuerdo en solicitar la separación de bienes, caso en el cual harán el pedimento, conjuntamente, en el mismo escrito mediante el cual solicitan de la autoridad judicial, la declaración de separación de cuerpos. Si ambos esposos están de acuerdo en separarse de cuerpos, pero disienten en lo relativo a la separación de bienes, presentarán al Juez competente, conjuntamente, el escrito de separación de cuerpos. Sin embargo, en este último caso, el cónyuge que desee, además de la separación de cuerpos, la separación de bienes, puede hacer la correspondiente solicitud de disolución de la comunidad conyugal, al Juez competente en escrito separado, en ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 190 C.C.

El Juez, con base en ambas solicitudes debe declarar la separación de cuerpos y de bienes entre los cónyuges. El decreto respectivo debe ser registrado en una Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal (art. 190 C.C.).

De conformidad con lo pautado en el art. 762, Parágrafo segundo, C.P.C. vigente, la falta de manifestación acerca de la separación de bienes no impedirá a los cónyuges optar por ella posteriormente, dentro del lapso de la separación.

Sus efectos contra terceros

La sentencia definitiva y firme que declare la separación de cuerpos y de bienes, como ya hemos estudiado, debe ser registrada en una Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal. Si la separación de bienes,

en caso de separación legal de cuerpos contenciosa, fue pedida por el cónyuge actor en el libelo de la demanda, éste debe ser registrado; si la separación de bienes fue pedida por el esposo demandado en el acto de contestación de la demanda, debe ser registrado el escrito de contestación o la actuación judicial que lo contenga.

Los efectos de la sentencia definitiva y firme de separación de cuerpos y de bienes, en lo que respecta a la separación de bienes, se producen desde la fecha de registro de la demanda o de la contestación de la demanda en la que se haya solicitado, pero no afectan los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a tal registro (art. 177 C.C.). Si no se hubiere protocolizado el libelo de demanda o la contestación de la demanda donde el cónyuge actor o el demandado pidió la separación de bienes, los efectos de la sentencia definitiva y firme de separación de cuerpos y de bienes, en lo que se refiere a la separación de bienes, como en lo que respecta a la separación de cuerpos, se producen a partir de la fecha en que la sentencia queda firme.

Cuando la separación de cuerpos por mutuo consentimiento va acompañada de separación de bienes, el decreto de separación de cuerpos y de bienes debe ser protocolizado en una Oficina Subalterna de Registro con jurisdicción en el lugar del domicilio conyugal. En este caso, la separación de bienes sólo produce efectos respecto de terceros, a los tres meses de efectuado dicho registro (art. 190 C.C.).

IV. Caracteres comunes a las acciones de divorcio y de separación de cuerpos

1. *Carácter personal.* Las acciones de divorcio y de separación de cuerpos son acciones personales porque corresponden exclusivamente a los cónyuges. Así lo establece el artículo 191 C.C. De manera que sólo puede ser intentada la acción de divorcio o la de separación de cuerpos, por el cónyuge interesado o por su apoderado judicial, facultado, en forma expresa, a este efecto. El cónyuge demandado debe serlo, también, personalmente.

No obstante, cuando la demanda de divorcio o de separación de cuerpos se funde en la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibilitan la vida en común (ord. 7º, art. 185 C.C.) la acción ha de interponerse en contra del entredicho y a través del tutor. Esta posibilidad (demanda por divorcio o separación de cuerpos a un entredicho) era generalmente negada por la doctrina nacional durante la vigencia del Código del 42 (que no incluía la interdicción por perturbaciones

psiquiátricas graves como causal de divorcio), fundamentándose tal opinión en el carácter personal de las acciones de divorcio y de separación de cuerpos y en la circunstancia de que sólo podía demandarse al cónyuge a quien se atribuía haber incurrido en actos constitutivos de alguna causal de divorcio o de separación de cuerpos. A la luz del Código Civil vigente es posible demandar por divorcio al cónyuge entredicho, a través del tutor, como quiera que el Código reformado introdujo en nuestra legislación, la interdicción por causas de perturbaciones psiquiátricas graves, como causal de divorcio.

Para el caso de que el demandante, marido o mujer, sea menor de edad (emancipado por matrimonio) debe demandar asistido de uno de sus progenitores que ejercería la patria potestad y, a falta de ellos, por un curador especial, que el mismo menor nombrará con aprobación del Juez (art. 388 C.C.).

En caso de que el demandado, marido o mujer, sea menor de edad (emancipado automáticamente por el matrimonio) en el libelo de demanda debe pedirse su citación y la de su respectivo asistente (uno de sus progenitores que ejercería la patria potestad). En caso de no tenerlo, lo correcto sería demandar al cónyuge emancipado y pedir que se le cite para que nombre su curador especial con aprobación del Juez; nombrado el curador, debe citársele a él también para que el esposo demandado y su asistente queden a derecho.

Si el demandante o el demandado es inhabilitado, debe actuar en el juicio asistido de su curador (art. 409 C.C.).

2. *Las acciones de divorcio y de separación de cuerpos son acciones de orden público.* En el ejercicio de las acciones de separación de cuerpos y de divorcio está interesado el orden público, puesto que la primera de ellas tiene por objeto alterar la normalidad del matrimonio al suspender la convivencia conyugal y la segunda, disolver el matrimonio.

Por ser estas acciones de orden público, son indisponibles. No pueden ser objeto de convenimiento ni de transacción. Pero, por excepción, el desistimiento que en principio no es posible en relación con acciones indisponibles, es perfectamente factible en las de separación de cuerpos y de divorcio. Así, cuando el cónyuge actor no concurre al acto de la contestación de la demanda o al primer acto reconciliatorio se entiende que desiste de la acción (arts. 756 y 758 C.P.C.).

Como consecuencia de la indisponibilidad de las acciones de divorcio y de separación de cuerpos, en estos juicios no hay confesión ficta. La inasistencia del demandado al acto de la contestación de la demanda se entenderá como contradicción de ésta en todas sus partes (art. 758 C.P.C., aparte único). Y, además, existen ciertas limitaciones de tipo probatorio

en los juicios de separación de cuerpo y de divorcio, para impedir convenimientos o transacciones entre las partes.

Por ser estas acciones de orden público, en los juicios en que ellas se ventilen, debe intervenir como parte de buena fe, un representante del Ministerio Público (art. 196 C.C.).

3. *Las acciones de divorcio y de separación de cuerpos son de carácter electivo*

Cuando se da alguna de las causales por las cuales puede demandarse la separación de cuerpos y el divorcio, el cónyuge que no haya dado causa a ellas, puede optar entre ejercer una u otra acción: la acción de divorcio o la de separación de cuerpos (art. 191 C.C.).

El carácter electivo de estas acciones determina una consecuencia destacada por Francisco López Herrera, en los siguientes términos:

> «El carácter electivo de las acciones de separación y de divorcio, determina además una importantísima consecuencia: la sentencia definitiva y firme que se dicte en el juicio respectivo no sólo impide al demandante que vuelva a iniciarlo ejerciendo otra vez la misma acción que fue objeto del proceso decidido, fundada en los mismos hechos que dieron lugar a éste (efecto normal de la cosa juzgada: ordinal 3º del artículo 1.395 C.C.); sino que también hace imposible para dicha parte el iniciar un nuevo procedimiento, basándose siempre en los mismos hechos que alegó en el primero, pero intentando ahora la acción que no escogió en su primitiva demanda».[64]

Consideramos conveniente concluir este punto haciendo una somera alusión a las medidas que, conforme al artículo 191 C.C., puede dictar provisionalmente el Juez, una vez que haya sido admitida la demanda de divorcio o de separación de cuerpos. Tales medidas son:

- Autorizar la separación de los cónyuges y determinar cuál de ellos, de acuerdo a sus necesidades o circunstancias, habrá de continuar habitando el inmueble que les servía de alojamiento común, mientras dure el juicio y salvo los derechos de terceros. En igualdad de circunstancias, habrá de preferir al cónyuge a quien hubiere confiado la guarda de los hijos.
- Confiar la guarda de los hijos, si los hubiere, a uno solo de los cónyuges o, si lo creyere conveniente según las circunstancias, a un tercero; señalar los alimentos de aquéllos y asegurar el pago de la pensión alimentaria y, además, establecer el régimen de visitas en beneficio del cónyuge a quien no haya atribuido la guarda.[65]

---

[64] López Herrera, *op. cit.*, pág. 617.

[65] *Vid.* art. 684 LOPNA.

— Ordenar que se haga un inventario de los bienes comunes y dictar cualquier medida que estime conducente para evitar la dilapidación, disposición u ocultamiento fraudulento de dichos bienes.

V. La reconciliación

1. *Concepto.* La reconciliación es el acuerdo de los cónyuges separados, de restablecer la normalidad de su vida conyugal que se manifiesta en la reanudación efectiva o continuación de la convivencia matrimonial.

Análisis del concepto: La reconciliación es un acto jurídico bilateral. Ciertamente, es un acto jurídico porque es una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos y es un acto jurídico bilateral, porque implica el acuerdo de ambos cónyuges. El consentimiento de los cónyuges debe ser puro y simple y estar exento de vicios.

La reconciliación no es un simple hecho anímico interior, sino que requiere la exteriorización de este hecho con la continuación o la reanudación de la vida conyugal normal. Es necesario aclarar, sin embargo, que destacados autores, entre ellos Borda, sostienen que, aunque generalmente suele ser seguida de la reanudación de la vida en común, éste no es un requisito necesario. [66]

2. *Clases de reconciliación.* La reconciliación puede ser expresa o tácita, según que el acuerdo de los esposos para restablecer la normalidad de su vida conyugal haya sido formal o tenga que deducirse del comportamiento de los cónyuges.

3. *Caracteres*

a) *La reconciliación es materia de orden público* porque se refiere al matrimonio y está dirigida a hacer cesar la perturbación de las normales relaciones conyugales, derivada de la separación de cuerpos. La ley, interesada como está en la estabilidad y normalidad de las relaciones matrimoniales, favorece y facilita la reconciliación.

Precisamente, por ser de orden público, la reconciliación puede alegarse en todo estado y grado del juicio y si aparece comprobada en los autos, aunque no haya sido alegada por ninguna de las partes, el Juez debe apreciarla de oficio.

b) *La reconciliación obra de pleno derecho.* Dado el acuerdo entre los cónyuges manifestado en el restablecimiento de la normalidad de las relaciones matrimoniales, existe la reconciliación y ésta produce sus efectos plenamente, sin requerir declaración judicial.

---

[66] Cfr. Borda, *Manual de Derecho de Familia*, pág. 255.

El Código Civil vigente, en la parte final de su artículo 194, establece que los cónyuges deberán poner la reconciliación en conocimiento del Tribunal que conozca o haya conocido de la causa, para los efectos legales.

En relación con esta disposición, la jurisprudencia nacional es uniforme y constante. Según la jurisprudencia y la doctrina nacionales, el legislador, al indicar que los cónyuges deben participar su reconciliación al Tribunal que conozca o haya conocido de la causa, persigue como finalidad facilitar la prueba de la reconciliación, para el caso de que sea objeto de discusión.

La determinación de si hubo o no reconciliación, es cuestión de hecho y, en consecuencia, debe ser decidida por el Juez de Instancia.

c) *La reconciliación es irretractable.* Producida la reconciliación, no es posible volver sobre ella con el fin de destruir sus efectos que se producen, como hemos indicado, de pleno derecho, al perfeccionarse la reconciliación.

4. *Efectos de la reconciliación.* La reconciliación extingue el derecho de solicitar el divorcio o la separación de cuerpos por toda causa anterior a ella.

La reconciliación, si ocurriere estando en curso un juicio de separación de cuerpos o de divorcio, pone fin a éste cualquiera que sea su grado.

La reconciliación deja sin efecto la sentencia definitiva y firme o el decreto de separación de cuerpos.

Si hubo separación de cuerpos y de bienes, la reconciliación deja sin efectos la separación de cuerpos; no ocurre lo mismo en relación con la separación de bienes. En efecto, si los cónyuges desean restablecer la comunidad de bienes disuelta por la separación de bienes, deben acordarlo expresamente y tal restablecimiento debe constar en instrumento registrado (aparte único del artículo 179 C.C.).

LA FILIACIÓN

Capítulo XV

LA FILIACIÓN. CONCEPTO. CLASES. ELEMENTOS DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL Y EXTRAMATRIMONIAL. PRINCIPIOS GENERALES DE LA FILIACIÓN. LA MATERNIDAD. LA PATERNIDAD. DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA DE LA MATERNIDAD Y LA DE LA PATERNIDAD. LA IGUALDAD JURÍDICA DE TODOS LOS HIJOS: LA UNIDAD DE FILIACIÓN. ACCIONES DE FILIACIÓN. CARACTERES.

I. La filiación

Todo el Derecho de Familia está estructurado en torno a dos hechos fundamentales, propios de la naturaleza: la unión de la pareja y la procreación.

1. *Concepto de filiación*. La relación de filiación es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados. Constituye un hecho natural, ya que tiene su base en un hecho natural como es la procreación, y un hecho jurídico, puesto que determina consecuencias jurídicas; de aquí que pueda distinguirse entre filiación biológica y filiación jurídica.

   A. *Filiación biológica* es el vínculo natural que existe entre generante y generado. Se da siempre en todas las personas, pues todo individuo es, necesariamente, hijo de un padre y de una madre.

   B. *Filiación jurídica* es el vínculo de derecho existente entre padres e hijos, derivado de la relación biológica que supone la generación. La filiación jurídica, a diferencia de la filiación biológica, no siempre existe, ya que el Derecho, para reconocer efectos jurídicos al hecho natural de la procreación, requiere su comprobación.

2. *Filiación y procreación*. Como quiera que la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Ésta es una categoría jurídica referida a aquel presupuesto. No obstante, no siempre hay equivalencia entre la filiación y la procreación, de allí que pueda darse el caso de *padres progenitores* —existe coincidencia entre filiación y procreación— cuando quienes figuran legalmente como padres de sangre de un hijo, lo son realmente, biológicamente hablando. Pero también puede ocurrir que una persona sea hija de padres desconocidos, porque no haya sido establecida legalmente su filiación, caso en el cual habrá procreación sin filiación, *progenitores no padres*, o que quienes legalmente figuran como padres de sangre de un hijo, no

lo sean biológicamente; es decir, que haya filiación sin procreación, *padres no progenitores,* como acaece en caso de adopción plena.

3. *Clases de filiación.* La filiación está fundamentada en el vínculo de la generación real o supuesta. Puede derivar la filiación como relación jurídica, de la naturaleza (filiación real) o de la ley (filiación supuesta) en caso de adopción plena. A su vez, la generación real puede darse dentro del matrimonio o fuera de él, lo que hace posible distinguir entre filiación matrimonial y filiación extramatrimonial. La filiación matrimonial es el vínculo jurídico simultáneo que une al hijo con su padre y con su madre cuando éstos están casados para la época de la concepción del hijo o para la fecha de su nacimiento. La filiación matrimonial es un vínculo simultáneo entre el hijo, su padre y su madre porque estos últimos, los padres, están a su vez unidos entre ellos por el matrimonio o lo estuvieron en el período de la concepción del hijo o para la fecha de su nacimiento.

   La filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico que existe entre el hijo y su padre o entre el hijo y su madre cuando los progenitores no estaban casados ni para el período de la concepción del hijo ni para la fecha de su nacimiento.

4. *Elementos de la filiación matrimonial y extramatrimonial.* Los elementos de la filiación matrimonial son: el matrimonio de los padres, la maternidad, la paternidad y la concepción dentro del matrimonio. Del concurso de ellos resulta la filiación matrimonial.

   Algo diferente ocurre con la filiación extramatrimonial: Precisamente porque en esta especie de filiación los progenitores no están vinculados por el matrimonio, el parentesco del hijo extramatrimonial con su padre es absolutamente independiente del parentesco que existe entre aquél y su madre. Eso explica que la prueba de la maternidad y de la paternidad extramatrimonial sean autónomas entre sí.

5. *Principios generales de la filiación.* Toda filiación, para serlo jurídicamente hablando, debe ser legalmente probada pero, una vez demostrada, produce sus efectos independientemente del medio de prueba empleado y del momento de su prueba. Esta afirmación puede desglosarse en tres principios que son los fundamentales de la filiación, a saber:

   A. *Toda filiación debe ser legalmente probada.* Jurídicamente no puede hablarse de filiación si no existe prueba de ella. La filiación como vínculo jurídico tiene su base en el hecho natural de la generación. Toda

persona, desde el punto de vista natural o biológico, tiene un padre y una madre. Pero, mientras el hecho natural no haya trascendido al campo jurídico y no se haya establecido legalmente, no existe vínculo jurídico de filiación. Por eso, jurídicamente puede existir quien tenga padre y madre, quien tenga padre y no tenga madre, quien tenga madre y no tenga padre y quien no tenga ni padre ni madre. Jurídicamente existe filiación cuando está establecida legalmente.

B. *Los efectos de la filiación son independientes del medio de prueba utilizado para comprobarla.* Los efectos que produce la filiación son siempre los mismos, cualquiera que haya sido el medio jurídico empleado para su demostración.

C. *Los efectos de la filiación son independientes del tiempo de su prueba.* Toda filiación, como hemos visto, debe ser legalmente probada. Mientras no ha sido comprobada, no puede hablarse jurídicamente de filiación. Pero, cuando la filiación resulte legalmente determinada, sus efectos se producen desde que el hijo existió y no a partir de la constatación de la filiación, porque la prueba de la filiación la establece legalmente, mas no la produce.

II. La maternidad y la paternidad

1. *La maternidad.* Es el vínculo jurídico que une al hijo con su madre. Deriva del parto, que es un hecho cierto de prueba fácil. Se demuestra por el parto, pues madre es quien da a luz al hijo. Su prueba incluye dos elementos: la prueba del *parto* de la mujer y la de la *identidad* de la persona cuya maternidad se trata de establecer, con la que dio a luz la mujer.

2. *La paternidad.* Es el vínculo jurídico que une al hijo con su padre. La paternidad no es susceptible de prueba directa, pues resulta de la concepción y ésta es un hecho biológico envuelto siempre de misterio. Actualmente, sin embargo, se está investigando y aplicando el método HLA (Sistema de histocompatibilidad) que permite, según información suministrada por científicos, establecer la paternidad con un 99 por ciento de certeza.

En nuestro país, el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), a través de su Departamento de Genética Humana, viene realizando una importante labor en esta materia. La prueba que allí realizan consiste, en esencia, en elaborar un estudio de un número de sistemas hereditarios, de acuerdo a las condiciones en que se presenten. Estudian quince sistemas que son formativos de la población venezolana. Siendo la certeza indispensable, ya que de ella depende la información a suministrar, la verosimilitud de las pruebas es de rigurosa obligatoriedad, a partir de un promedio de 1.400 a 1, lo que significa que la probabilidad relativa de que un individuo tenga certeza de su paternidad es de unas 1.400 veces.

Las pruebas o experticias hematológicas y heredo-biológicas se orientan a la exclusión o afirmación de la paternidad. Por un lado se busca excluir a un individuo de la paternidad que falsamente se le quiere atribuir —lo que es perfectamente posible lograr, con absoluta certeza—; por otro lado, se trata de presentar una prueba que tenga base biológica y que sirva para tener una muestra que ayude a certificar cualquier sospecha de paternidad. En este último aspecto no puede lograrse certeza total, aunque si una significativa probabilidad relativa.

3. *Diferencia entre la prueba de la maternidad y la prueba de la paternidad.* La prueba de la maternidad es sencilla, puesto que la maternidad resulta del parto y éste es susceptible de prueba directa. El parto de la mujer es, sin lugar a dudas, el elemento fundamental de la prueba de la maternidad, pero no el único, porque es necesario comprobar, además, la identidad; es decir, que el hijo que dio a luz determinada mujer en una fecha concreta es una persona determinada, la misma que pretende ser su hijo. Pero esta comprobación puede hacerse por cualquier medio de prueba, sin limitación alguna. Así lo estima la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera.

La prueba de la paternidad, en cambio, presenta una problemática muy diferente. La paternidad deriva de la concepción que, al igual que el parto, es un hecho biológico pero que, a diferencia de él, no es notable ni susceptible de prueba directa, sino oculto y sustraído a la posibilidad de comprobación directa.

Este problema de la prueba de la paternidad ha sido solucionado por el legislador de manera diferente según se trate de hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, o de hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

En el primer caso, nuestro legislador lo ha solucionado mediante una presunción legal. Conforme al artículo 201 C.C., el marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.

La paternidad de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, por su parte, se demuestra por declaración voluntaria del padre, o después de su muerte de sus ascendientes (art. 209 C.C.). Y, a falta de reconocimiento voluntario, es prueba de la paternidad de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, la sentencia definitiva y firme recaída en juicio de inquisición de paternidad en el cual, mediante todo género de pruebas, incluidos los exámenes o experticias hematológicos y heredo-biológicos consentidos por el demandado (art. 210 C.C.), se haya demostrado una serie de hechos que permitan al Juez competente deducir la paternidad y declararla comprobada.

III. Igualdad jurídica de todos los hijos: unidad de filiación

El Derecho de Filiación es uno de los aspectos del Derecho de Familia que más profundos cambios ha experimentado a nivel mundial a lo largo del siglo XX. En este cambio legislativo resalta la idea de la igualdad como clave de la reforma en la materia. Después de la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones de los países europeos y también de algunos americanos, acostumbran incluir normas de equiparación legal entre los hijos, cuya traducción a la legislación ordinaria no siempre es inmediata, pero que, indudablemente, marca una tendencia que se ha visto reforzada por varias Declaraciones Internacionales. En efecto, pocos principios como el de no discriminación por razón de la filiación, han logrado reconocimiento universal de modo expreso y en tan corto tiempo. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, encontramos dos artículos en relación a este punto. El 2.1. que consagra el derecho a la igualdad y el 25.2 que concreta este principio en materia de filiación cuando establece: «Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social». Artículos similares hay, con mayor o menor concreción, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la O.N.U en 1966; en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por el mismo organismo internacional en la misma fecha; en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y en la Carta Social Europea, firmada en Turín en 1961.

Por lo que toca a nuestro país en lo atinente a la igualdad jurídica de todos los hijos, es menester destacar que la Constitución de 1961 en sus artículos 43, 50, 61, 74 y 75, consagró el derecho que tienen todas las personas al desarrollo de su personalidad, así como a la igualdad, a no ser discriminados por su origen y el que tiene todo niño, sea cual fuere su filiación, a conocer a sus padres.

Estas disposiciones constitucionales fueron desarrolladas por la reforma del Código Civil de 1982, cuyo artículo 234 preceptúa:

> «Comprobada su filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos».

Con la preinserta disposición, el Código Civil ha borrado dos discriminaciones que existían en la legislación anterior: *una meramente verbal,* calificar a unos hijos de legítimos y a otros de naturales y *otra de fondo,* reconocer a unos hijos, los llamados naturales, menos derechos que a otros, los llamados legítimos.

Existen, sin embargo, diferencias entre los hijos que proceden de los hechos y no de discriminaciones establecidas por la ley:

A. Comprobada su filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene los mismos derechos que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre, a la madre y a los consanguíneos de éstos (igualdad jurídica de los hijos). Pero mientras no esté comprobado legalmente quiénes son los padres del hijo, no es posible que éste disfrute de los derechos que le corresponden frente a sus padres y a los consanguíneos de éstos (diferencia de hecho).

   La ley puede permitir que la filiación se pueda establecer legalmente en todo caso, como lo hace ahora. Y puede disponer, como también lo hace ahora, que cuando se compruebe la filiación, todos los hijos tengan los mismos derechos frente a sus padres y a los consanguíneos de éstos. Pero hasta entonces, hasta que se comprueba la filiación, el hijo, aunque se sabe que biológicamente tiene unos padres, no los tiene jurídicamente: es necesario admitir que es un hijo de padres desconocidos. Ésta no es una discriminación legal; es una realidad, una diferencia de hecho.

B. Por otra parte, cuando la filiación está comprobada legalmente, la ley establece la igualdad entre todos los hijos; no hay diferencia ni discriminación legal entre unos hijos y otros. Pero ello no impide que los padres del hijo puedan estar casados o no. El Derecho puede, como lo hace el Código Civil vigente, disponer que los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio tengan los mismos derechos que los nacidos o concebidos durante el matrimonio, con relación al padre, a la madre y a los consanguíneos de éstos; lo que no puede hacer es obligar a los padres a que se casen o prohibirles tener hijos si no lo están. Por eso, aunque todos los hijos tienen los mismos derechos (igualdad legal) existen hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales, lo que resulta *del hecho* de que sus padres estén o no estén casados.

IV. Acciones de filiación

1. *Concepto.* Las acciones de filiación son acciones declarativas de estado, porque todas ellas están orientadas a lograr una decisión judicial que determine la filiación que siempre ha correspondido a una persona. Son acciones que implican controversia precisamente sobre la filiación.

2. *Clases.* Las acciones de filiación pueden ser de reclamación de filiación o de impugnación de filiación. Son de *reclamación* cuando pretenden lograr un pronunciamiento judicial que reconozca la filiación. Son de

impugnación cuando tienden a lograr que se niegue una filiación indebidamente atribuida a una persona por un título.

A. *Son acciones de reclamación de filiación.* Por ejemplo:

a) *Acción de reclamación de estado.* Mediante el ejercicio de esta acción, el sedicente hijo persigue demostrar su maternidad matrimonial, a falta de partida de nacimiento y de posesión de estado.

b) *Acción de inquisición de paternidad extramatrimonial.* La finalidad de esta acción es establecer legalmente el vínculo de filiación entre el hijo extramatrimonial y su pretendido padre, cuando éste no lo ha reconocido voluntariamente. Se persigue lograr un reconocimiento forzoso, a falta del reconocimiento voluntario.

c) *Acción de inquisición de maternidad extramatrimonial.* El objeto de esta acción es comprobar legalmente la filiación materna o maternidad extramatrimonial, cuando no ha habido reconocimiento espontáneo. También en este caso, a falta de reconocimiento voluntario, se pretende obtener un reconocimiento forzoso.

B. *Son acciones de impugnación de filiación.* Por ejemplo:

a) *Acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial.* Tiene por objeto desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial, que atribuye la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, al marido de la madre.

b) *Acción de impugnación de estado.* Su objeto es desvirtuar la prueba de la maternidad matrimonial que una persona tiene en virtud de su partida de nacimiento o de su posesión de estado.

c) *Acciones de nulidad y de impugnación del reconocimiento.* Su objeto es desvirtuar el reconocimiento —prueba de la filiación extramatrimonial— cuando fue falso (impugnación) o cuando se perfeccionó con violación de disposiciones legales (nulidad).

3. *Caracteres*

A. *Titularidad.* Titular de la acción de filiación es la persona a quien la ley faculta para ejercerla. Pero no se pueden establecer reglas absolutas en cuanto a la titularidad de las acciones de filiación. Así, en algunos casos sólo pueden ser interpuestas por las personas determinadas por la ley. (Ej. la acción de desconocimiento de la paternidad). En otros casos cualquier interesado puede proponer la acción (acción de impugnación del reconocimiento).

B. *Juez competente.* Las acciones relativas a filiación se intentarán ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil que conozca de los asuntos relativos a los derechos de Familia en el domicilio del hijo, cualquiera que sea la edad de éste. Se sustanciarán conforme al procedimiento pautado en el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario, salvo las reglas particulares previstas en el Código Civil (en el Título relativo a la filiación) y las especiales que establezcan otras leyes (art. 231 C.C.). [67]

C. *Son acciones de orden público.* Las acciones de filiación son de carácter moral y de orden público. El orden público está interesado en que se determine, en que se compruebe la filiación de las personas. Por ser acciones de orden público, las acciones de filiación son indisponibles. El titular de la acción puede optar entre ejercerla o no, pero una vez que la ejerce, pierde el control de ella. El juicio, iniciado con la interposición de la demanda, no puede concluir sino por decisión judicial. En los juicios de filiación no tienen valor alguno la transacción, el desistimiento, el convenimiento. Excepcionalmente, en los juicios de inquisición de paternidad o maternidad, el convenimiento del demandado equivale a un reconocimiento y pone fin al juicio. Además, por ser las acciones de filiación de orden público, es necesaria la intervención de un Representante del Ministerio Público (art. 231 C.C.).

D. *Imprescriptibilidad.* La filiación ni se produce ni se pierde por el simple transcurso del tiempo. Por eso las acciones de filiación son imprescriptibles. No obstante, en algunos casos, están sometidas a plazos de caducidad porque al orden público interesa mantener un cierto grado de paz y tranquilidad en la familia y las acciones de filiación son de las que más afectan tal tranquilidad. Por eso, en algunos casos, están sometidas a plazos de caducidad, vencido el cual, ya no podrán ejercerse. De esta forma, la ley atiende al interés individual y social, al permitir que se aclare la filiación de las personas mediante la consagración de las acciones de filiación pero, igualmente, atiende a la necesidad de tranquilidad en la familia, sometiendo a plazo de caducidad algunas de esas acciones. Así, la acción de desconocimiento de la paternidad (art. 206 C.C.).

E. *Intervención del Ministerio Público de Menores.* Conforme a lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 151 de la Ley Tutelar de Menores, cuando alguna de las partes en un juicio de filiación, es un menor de dieciocho años, debe intervenir en el proceso un Procurador de Menores y, en su defecto, el Fiscal del Ministerio Público (artículo 148 *eiusdem*).

---

[67] *Vid.* art. 177, Parágrafo primero, letra a) LOPNA.

F. *Publicidad.* La publicidad característica de los juicios de filiación es previa y posterior a la sentencia.

a) Publicidad previa. Siempre que se promueva una acción de filiación, el Tribunal hará publicar en un periódico de la localidad sede del Tribunal o, a falta de éste, por medio idóneo, un edicto en el cual, en forma resumida, se haga saber que determinada persona ha propuesto una acción de filiación y llamando a hacerse parte en el juicio a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto (art. 507, ord. 2º, último aparte, C.C.).

b) Publicidad posterior. La sentencia que se dicte en juicio de filiación debe ser inscrita en los respectivos libros del estado civil (art. 506 C.C.). Además, conforme al último aparte del ord. 2°, del artículo 507 C.C., se publicará en un periódico de la localidad sede del Tribunal que la dictó, un extracto de toda sentencia que declare o niegue la filiación.

G. *Autoridad absoluta de la cosa juzgada en materia de acciones de filiación.* Conforme a nuestra legislación, las sentencias en que se reconozca o niegue la filiación producen inmediatos efectos absolutos para las partes y para los terceros extraños al procedimiento. Sin embargo, para proteger los derechos de terceros, cada vez que se promueve una acción de filiación, el Tribunal deberá publicar un edicto en el cual se haga saber de la acción propuesta y se llame a hacerse parte en el juicio a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto.

Además, nuestra legislación acuerda a los terceros el recurso especial de revisión o impugnación de la sentencia definitiva y firme recaída en juicios de filiación, orientado a lograr que se declare la falsedad de la filiación reconocida en el fallo impugnado. Se trata de un nuevo juicio que debe proponer el tercero interesado contra todos los que intervinieron en el proceso que concluyó con tal sentencia, como actores o como demandados, sin excepción.

Este recurso, del que sólo pueden hacer uso quienes no hayan sido partes en el primer juicio y que no hayan tenido conocimiento oportuno de la instauración del procedimiento, debe proponerse dentro del término de un año, contado a partir de la publicación de la sentencia definitiva y firme recaída en el juicio de filiación.

La sentencia que se dicte en el segundo juicio será obligatoria para todos, para las partes y para los terceros, y contra ella no se admitirá recurso alguno (art. 507 C.C., penúltimo aparte).

Capítulo XVI

LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. SU PRUEBA: EXTREMOS SOBRE LOS CUALES RECAE. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL PATERNA. LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO. SUS DIFERENTES CLASES. QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO Y CONTRA QUIÉNES SE PROPONE. PLAZOS PARA INTENTAR DICHA ACCIÓN. CONCEPCIÓN DURANTE EL MATRIMONIO. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

I. La filiación matrimonial

La filiación matrimonial es el vínculo jurídico simultáneo que une al hijo con su padre y con su madre casados para el período de su concepción o para la fecha de su nacimiento.

II. Su prueba: extremos sobre los cuales recae

La prueba de la filiación matrimonial implica la prueba de sus cuatro elementos. La filiación matrimonial se basa en la concurrencia de los elementos siguientes: El matrimonio de los padres, la maternidad, la paternidad y la concepción durante el matrimonio.

1. *Matrimonio entre los padres*

Generalmente es fácil la constatación del vínculo matrimonial. Se demuestra probando que los padres del hijo se casaron y que el matrimonio subsiste o que subsistió durante el período legal de la concepción o para la fecha de nacimiento del hijo, subsistencia que, constando que se celebró, debe presumirse, salvo que se demuestre lo contrario.

El matrimonio entre los padres puede comprobarse por cualquiera de los medios de prueba previstos en nuestra legislación y que ya hemos estudiado en el Capítulo VIII de esta obra, al cual remitimos.

2. *Filiación materna o maternidad*

La maternidad o filiación materna es el vínculo jurídico que existe entre el hijo y su madre.

Prueba de la filiación materna

Sabemos que en derecho no puede hablarse de filiación si no existe prueba de ella. En consecuencia, para que pueda hablarse jurídicamente de filiación materna o maternidad, es menester que la relación entre una

persona y la mujer que la dio a luz, esté comprobada legalmente. Comprobar la maternidad es demostrar legalmente que el hijo nació de la mujer que pretende tener por madre.

a) *Sus caracteres*: La prueba de la maternidad o filiación materna se caracteriza por su facilidad, su dualidad y, en algunos casos, por su prioridad con respecto a la prueba de la paternidad.

Facilidad de la prueba de la filiación materna. La prueba de la maternidad es generalmente fácil porque resulta del parto —madre es quien da a luz al hijo— y éste es un hecho biológico aparente, notable, susceptible de prueba directa.

Dualidad de la prueba de filiación materna. Se afirma que la dualidad es una característica de la prueba de la maternidad o filiación materna, porque ella incluye la demostración de dos elementos: la del parto de determinada mujer y la de la identidad de quien pretende beneficiarse de la prueba con la persona que nació de ese parto.

El parto de la mujer es el elemento fundamental de la prueba de la maternidad, pero no el único, porque de la circunstancia de que se haya comprobado que cierta mujer dio a luz un hijo en una fecha concreta, no puede deducirse que ese hijo sea, precisamente, determinada persona. Hace falta demostrar la identidad; es decir, que la persona que pretende ser hijo de determinada mujer es la misma persona que dio a luz aquélla en una fecha concreta.

En la actualidad es opinión conforme en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que la prueba de la identidad puede hacerse por cualquier medio de prueba.

Prioridad de la prueba de la filiación materna con respecto a la prueba de la filiación paterna en el caso de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio. La paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación (se presumen concebidos durante el matrimonio), se determina mediante la presunción establecida en el encabezamiento del artículo 201 C.C.:

> «El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación».

Ahora bien, esta presunción de paternidad sólo funciona cuando se ha demostrado la maternidad y el matrimonio. En efecto, jurídicamente se conoce quién es la madre de una persona, cuando se demuestra la maternidad y para determinar quién es el marido de la madre, es menester probar el matrimonio de ella con determinado varón que, por eso, se va a

presumir padre del hijo nacido durante ese matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación.

Por eso es por lo que la prueba de la maternidad tiene prioridad sobre la de la paternidad en el caso de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio.

b) *Medios de prueba de la filiación materna*

Introducción. El Código Civil vigente, en sus artículos 197, 198 y 199, señala cuatro medios diferentes de probar la filiación materna o maternidad: el acta de nacimiento, la declaración de la madre o, después de su muerte, de sus ascendientes con el fin de reconocer la filiación, la posesión de estado y la prueba judicial (mediante juicio en el cual puede emplearse todo género de pruebas).

Existen otros medios de comprobar la filiación materna o maternidad: las menciones contenidas en actas de matrimonio o de defunción que acrediten la maternidad y la sentencia definitiva y firme, recaída en juicio promovido cuando el acta de nacimiento se haya perdido o destruido o se haya hecho ilegible, conforme con el artículo 458 C.C.

En relación con los medios de prueba de la filiación materna señalados en los artículos 197, 198 y 199 C.C. (acta de nacimiento, reconocimiento voluntario, posesión de estado y establecimiento judicial) consideramos conveniente, a manera de introducción, aclarar lo siguiente:

Según el artículo 197 C.C., el medio normal de probar la filiación materna o maternidad es el acta o partida de nacimiento (copia certificada).

En *defecto* de la partida de nacimiento, son también pruebas de la filiación materna, el reconocimiento de la maternidad y la *posesión de estado* (art. 198 C.C.).

Por esta razón se afirma que en la prueba de la maternidad, el acta de nacimiento tiene prelación.

Obsérvese que, durante la vigencia del Código del 42, «la filiación legítima (maternidad) se probaba con el acta de nacimiento inscrita en los registros del estado civil y en su defecto, por la posesión de estado» (art. 206 C.C. del 42). En relación con esta disposición del Código del 42 se planteó la interrogante, que ha de seguirse planteando, acerca de la forma en que se debía interpretar la prelación de la partida de nacimiento sobre la posesión de estado en la prueba de la maternidad.

Al respecto, Francisco López Herrera anota lo siguiente:

> «Algunas decisiones de nuestra Casación la han interpretado en el sentido de que sólo es apreciable la prueba de la maternidad legítima por medio de la posesión de estado cuando no existe la partida de nacimiento, siendo indispensable la comprobación de tal inexistencia.

«No compartimos ese criterio. A nuestro juicio el legislador sólo ha pretendido establecer un orden lógico en estas pruebas de la maternidad legítima, que resulta tanto de la categoría jurídica de las mismas (que es mayor en la partida de nacimiento que en la posesión de estado, por la naturaleza respectiva de dichos medios probatorios), como de la facilidad de su utilización (que es mayor en cuanto refiere a la partida que en lo relativo a la posesión de estado). De ello deriva que la partida de nacimiento priva sobre la posesión de estado en el sentido de que si la primera indica como madre del hijo a una mujer distinta a la que señala la segunda, debe tenerse como cierto que la madre es la mujer nombrada como tal en la partida de nacimiento, mientras la parte interesada en establecer lo contrario no haya recurrido a la acción de reclamación de estado».

Pero esta prelación no significa necesariamente que la prueba de la maternidad legítima por la posesión de estado presuponga la inexistencia de la partida: bien puede suceder, simplemente, que por circunstancias de lugar o de tiempo resulte difícil o incómoda la obtención de su copia certificada, lo cual basta para que el interesado pueda utilizar la posesión de estado».[68]

Conforme al Código Civil vigente, la maternidad se prueba con el acta o partida de nacimiento (art. 197 C.C.) y, en su defecto, con el reconocimiento de la maternidad (Prueba de la maternidad extramatrimonial) y con la posesión de estado. La interrogante sigue planteada. ¿Será necesaria la inexistencia comprobada de la partida de nacimiento para que el interesado pueda emplear la posesión de estado para comprobar la maternidad? ¿En qué sentido debe entenderse la prelación de la partida de nacimiento en la prueba de la maternidad?

Son posibles las dos opiniones planteadas en relación a la prelación de la partida de nacimiento sobre la posesión de estado en la prueba de maternidad. La de la Casación Venezolana, según la cual la prueba de la posesión de estado sólo es admisible cuando no existe la partida de nacimiento, siendo necesaria la prueba de tal inexistencia. Y la opinión de los que sostienen (De Page, Planiol y Ripert, López Herrera, entre otros) que el legislador sólo ha querido establecer un orden lógico en esas pruebas de la maternidad que deriva de la mayor categoría jurídica de la partida de nacimiento en relación a la posesión de estado y de la mayor facilidad de empleo de aquélla en relación a ésta.

---

[68] López Herrera, *op. cit.*, pág. 673.

Según la última opinión bastaría con que, por circunstancias de lugar o de tiempo, resulte difícil lograr la copia certificada de la partida de nacimiento, para que el interesado pueda comprobar su maternidad por la posesión de estado.

A esta última opinión adherimos, porque la prueba de la inexistencia de la partida de nacimiento exigida por nuestra Casación para que sea admisible la posesión de estado para demostrar la maternidad es una prueba imposible, porque se trata de la prueba de un hecho negativo indefinido.

Según dispone el artículo 199 C.C., a falta de posesión de estado y de partida de nacimiento o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres, o como nacido de padres inciertos, o bien si se trata de suposición o sustitución de parto, la prueba de la filiación materna puede efectuarse en juicio con todo género de pruebas, aun cuando en estos dos últimos casos, exista acta de nacimiento conforme con la posesión de estado.

La prueba judicial de la maternidad puede emplearse para establecer legalmente la filiación materna sólo en los casos previstos en el artículo 199 C.C.: a falta de posesión de estado y de partida de nacimiento, cuando existen éstas pero se contradicen (la partida de nacimiento señala como madre del hijo a una mujer diferente a la que indica la posesión de estado); cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres o como de padres inciertos (partida de nacimiento falsa) o cuando se alega la suposición o sustitución de parto.

1. *El acta de nacimiento.* La filiación materna se prueba con el acta de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre (art. 197 C.C.).

El acta de nacimiento es el medio de prueba de la maternidad corrientemente empleado. Es la forma más sencilla de comprobar la maternidad y, por eso, la más utilizada.

Caracteres. La partida o acta de nacimiento es una prueba preconstituida porque es un documento.

La partida de nacimiento es un documento auténtico, puesto que emana de un funcionario público, autorizado por la ley para dar fe pública de los actos relacionados con el registro civil en los cuales haya intervenido.

Por su carácter de documento auténtico, la partida de nacimiento hace plena fe frente a todas las personas; tiene valor absoluto, puede ser opuesta a todos.

Alcance probatorio. El artículo 457 del Código Civil establece:

> «Los actos del estado civil registrado con las formalidades preceptuadas en este Título, tendrán el carácter de auténticos respecto de los hechos presenciados por la Autoridad.

Las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario.

Las indicaciones extrañas al acto no tendrán ningún valor, salvo disposición especial».

Conforme al artículo 464 C.C.,[69] cuando se va a hacer la declaración del nacimiento a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, se presentará también el recién nacido. El funcionario competente podrá, por circunstancias graves, dispensar de la presentación del recién nacido, comprobando de cualquier otro modo el nacimiento.

Si el nacimiento proviene de matrimonio, la declaración debe enunciar, además, el nombre y apellido, cédula de identidad, profesión y domicilio del padre y de la madre (art. 467 Código Civil).

Tomando en consideración estas disposiciones legales podemos establecer, en relación con el alcance probatorio de la partida de nacimiento, lo siguiente:

La partida de nacimiento es prueba auténtica del parto de la mujer que, como sabemos, es el elemento fundamental, mas no el único, de la prueba de la filiación materna o maternidad. Por eso se afirma que la partida de nacimiento es una prueba incompleta de la maternidad, porque comprueba sólo uno de sus elementos (el parto de la mujer). Lo que ocurre es que, generalmente, el otro elemento de la prueba de la maternidad (la identidad de quien desea beneficiarse con la prueba con la persona que nació del parto) no se discute y, además, en caso de que se discutiera, existen regularmente hechos que hacen presumir tal identidad y que son suficientes para comprobarla.

Por todo lo expuesto, generalmente la partida de nacimiento es suficiente para comprobar la maternidad o filiación materna.

La partida de nacimiento, cuando éste proviene de matrimonio y aquélla señala el estado conyugal de los padres, constituye presunción, hasta prueba en contrario, del matrimonio de dichos padres, ya que, por disposición contenida en el primer aparte del artículo 457 C.C., «las declaraciones de los comparecientes, sobre hechos relativos al acto, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario».

El reconocimiento voluntario de la maternidad. En defecto de la partida de nacimiento, es también prueba de la filiación materna, la declaración que

---

[69] *Vid.* arts. 684 LOPNA. Así como: Arts. 20, 681, 224, 225 y 273 LOPNA.

hiciere la madre, o después de su muerte, sus ascendientes, con el fin de reconocer la filiación, en las condiciones y con las formalidades que se señalan en el Capítulo III del Título V (ver artículo 198 C.C., ord. 1°). Se trata del reconocimiento voluntario de la maternidad, que estudiaremos como prueba de la filiación extramatrimonial, conjuntamente con el reconocimiento voluntario de la paternidad, en el próximo capítulo.

2. *La posesión de estado. Concepto de posesión de estado.* La posesión de estado familiar consiste en gozar del título y de los derechos inherentes a ese estado y cargar con los deberes derivados del mismo. La posesión de estado de hijo de una mujer consiste en gozar del título de hijo de determinada mujer y de los derechos derivados de ese estado de hijo y soportar los deberes propios del mismo. Una persona tiene la posesión de estado de hijo de una mujer determinada cuando se comporta como titular de ese estado. La posesión de estado es una cuestión de hecho, una apariencia que generalmente, aunque no necesariamente, corresponde a la realidad jurídica.

Vélez Sarsfield afirmaba que la posesión de estado vale más que el título porque la partida de nacimiento, la escritura pública, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo, mientras que la posesión de estado es la evidencia misma, la prueba vivida y animada, la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla: la prueba de carne y hueso.

Elementos de la posesión de estado. Se llaman elementos de la posesión de estado a todos los hechos que en conjunto revelan la existencia de un estado familiar.

Se considera como los más importantes elementos de la posesión de estado, tradicionalmente, *nomen, tractus* y *fama* (art. 214 .C.).

Nomen: Que el hijo haya usado habitualmente el apellido que le corresponde conforme a la filiación que pretende tener.

Tractus: Que el presunto progenitor lo haya tratado como su hijo y que quien pretende tener el estado de hijo, a su vez, haya tratado a su progenitor como tal.

Fama: Que el presunto hijo haya sido reconocido como tal por la familia y en la sociedad.

Esta enumeración no es limitativa. Las distintas legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera admiten otros medios probatorios de la posesión de estado. Los señalados son sus principales elementos, pero no los únicos. Todo hecho que concurra a demostrar la existencia de un estado familiar es elemento de la posesión de estado.

La posesión de estado como medio de prueba de la maternidad. El artículo 198 C.C. ord., 2°, dispone que, en defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de la maternidad, la declaración que hiciere la madre o después de su muerte, sus ascendientes, con el fin de reconocer la filiación y la *posesión de estado* de hijo, establecida de conformidad con las reglas contempladas en el Capítulo III del Título V.

El artículo 214 del Código Civil dispone:

> «La posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer.
>
> Los principales entre estos hechos son:
>
> — Que la persona haya usado el apellido de quien pretende tener por padre o madre.
>
> — Que éstos le hayan dispensado el trato de hijo, y él, a su vez, los haya tratado como padre y madre.
>
> — Que haya sido reconocido como hijo de tales personas por la familia o la sociedad».

Caracteres: La posesión de estado es una prueba presuntiva. Sabemos que poseer el estado de hijo de una mujer determinada es comportarse como si lo fuera; es gozar del título y de los derechos inherentes a ese estado y soportar también los deberes derivados de él. Tal comportamiento hace presumir que quien se comporta como hijo es realmente hijo. Pero puede ocurrir que no sea; puede haber error o dolo en la posesión. En consecuencia la prueba de la maternidad por la posesión de estado puede desvirtuarse empleando cualquier medio de prueba.

La posesión de estado como prueba de la maternidad es sólo oponible a las personas de las cuales emana.

Alcance probatorio de la posesión de estado en la demostración de la maternidad. La prueba de la maternidad requiere la demostración de dos elementos: el parto de una mujer determinada en una fecha señalada y la identidad de quien pretende beneficiarse con la prueba, con la persona que nació del parto de la mujer.

Pues bien, la posesión de estado es una prueba completa de la maternidad. En efecto, cuando una persona goza de posesión de estado de hijo de determinada mujer, con ello demuestra que tal mujer dio a luz un hijo en una fecha determinada (parto) y que quien disfruta de la posesión de estado de hijo de esa mujer, es la misma persona que ella dio

a luz (identidad). Si no fuera así, no se comportaría como tal y no sería tratado y considerado en la forma en que lo es, quien tiene posesión de estado.

3. *Prueba judicial de la filiación materna o maternidad*

El artículo 199 C.C. establece:

> «A falta de posesión de estado y de partida de nacimiento, o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres, o como nacido de padres inciertos, o bien si se trata de suposición o sustitución de parto, la prueba de filiación materna puede efectuarse en juicio con todo género de pruebas, aun cuando, en estos dos últimos casos, exista acta de nacimiento conforme con la posesión de estado.
>
> La prueba de testigos sólo se admitirá cuando exista un principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o los indicios resultantes de hechos ya comprobados sean bastante graves para determinar su admisión.
>
> El principio de prueba por escrito resulta de documentos de familia, de registros y cartas privadas de los padres, de actos privados o públicos provenientes de una de las partes empeñadas en la *litis*, o de persona que tuviere interés en ella».

En este caso la prueba de la maternidad es la copia certificada de la sentencia definitiva y firme que declare con lugar la acción de reclamación de estado.

Cuando una persona no tiene comprobada su filiación materna por la partida de nacimiento, ni por la posesión de estado, si quiere demostrar su maternidad y beneficiarse de ella, tiene que iniciar, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de estado, juicio para probarla. Sólo cuando en tal juicio recaiga sentencia definitiva y firme favorable, quedará establecida legalmente su filiación materna.

La acción de reclamación de maternidad es una acción de filiación que, como todas, está dirigida a lograr una decisión judicial en la cual se determine la filiación (en este caso, la filiación materna, específicamente) que siempre ha correspondido a una persona.

Esta acción reúne todas las características propias de las acciones de filiación que hemos analizado antes.

La prueba de la maternidad derivada de la sentencia definitiva y firme en juicio de reclamación de estado es oponible a todos si en el proceso se han cumplido los requisitos de publicidad establecidos en el artículo 507 C.C. y que ya conocemos.

Casos en los que puede comprobarse la maternidad por este medio de prueba. Cuando quien pretende ser hijo de una mujer, carece de prueba por el acta de nacimiento y de posesión de estado.

Cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres o como de padres inciertos.

Cuando el pretendido hijo no tiene partida de nacimiento y alega que su posesión de estado es falsa.

Cuando la partida de nacimiento es contradictoria con la posesión de estado y el hijo alega que su maternidad es la que señala la posesión de estado o es diferente a la indicada en la partida de nacimiento y a la señalada por la posesión de estado. Si considera que su madre es la mujer que señala como tal su acta de nacimiento, no hay problema, pues ésta será suficiente para demostrar su filiación materna, como quiera que priva sobre la posesión de estado.

Cuando ha habido suposición o sustitución de parto. En estos casos (en casos de suposición o sustitución) se admite la prueba judicial de maternidad aun cuando el hijo tuviere partida de nacimiento y posesión de estado conformes.

Es conveniente aclarar que existe suposición de parto cuando, no habiendo habido parto, una mujer aparece, ilegalmente, como madre de un hijo. Si ha habido parto y se ha cambiado el hijo propio por uno ajeno, se produce una sustitución de parto.

En todos estos casos puede comprobarse la maternidad en juicio con todo género de pruebas.

Sin embargo, conforme al mismo artículo 199 C.C., la prueba de testigos está supeditada en su admisión a que exista principio de prueba por escrito (documentos de familia, registros o cartas privadas de los padres, actos privados o públicos provenientes de una de las partes o de persona que tuviere interés en el juicio) o presunciones o indicios resultantes de hechos ya comprobados y lo suficientemente graves como para determinar la admisión de la prueba testimonial (parecido físico del reclamante con la pretendida madre, marcas corporales características, resultado positivo de las pruebas hematológicas y heredo-sanguíneas).

4. *Otros medios de prueba de la maternidad*

Las menciones contenidas en las partidas de matrimonio o de defunción que acrediten la maternidad que desea comprobarse. En el acta de matrimonio debe expresarse, entre otras cosas, el nombre, apellidos, profesión y domicilio del padre y de *la madre* de cada uno de los contrayentes. (Art. 89 C.C.).

La partida de defunción, por su parte debe indicar, si fuere posible, el nombre, apellido, profesión y domicilio del padre y de la madre del fallecido (art. 477 C.C.).

Conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 457 C.C., las declaraciones de los comparecientes (al levantamiento de un acta del estado civil), sobre hechos relativos al acto, se tendrán como ciertas hasta prueba en contrario.

En consecuencia, la mención del nombre de la madre de uno u otro contrayente o del fallecido, según el caso, incluida en una partida de matrimonio o de defunción, constituye prueba de tal maternidad, hasta que se demuestre lo contrario. Esta prueba es oponible a toda persona puesto que deriva de documento auténtico.

Sentencia recaída en juicio especial promovido para suplir el acta de nacimiento cuando ésta se ha perdido o destruido, o es ilegible o si no se han llevado los registros de nacimiento o si en estos registros se han interrumpido u omitidos los asientos. (Art. 458 C.C.)

La sentencia que declara con lugar la acción debe ser registrada en los Libros de Nacimientos correspondientes. Suple la partida de nacimiento. Su oponibilidad es limitada; tal sentencia sólo puede oponerse entre las partes que intervinieron en el juicio.

III. Filiación paterna o paternidad

1. *Concepto.* Es el vínculo jurídico que une al hijo con su padre.
2. *Prueba de la paternidad de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio.* La paternidad de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio se determina, en principio, por la presunción de paternidad.
3. *La presunción de paternidad.* El artículo 201 C.C., dispone.

> «El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación».

Para que funcione esta presunción de paternidad es necesario que esté demostrada la maternidad y el matrimonio. En efecto, jurídicamente se conoce quién es la madre de una persona, cuando se demuestra su maternidad y, para establecer quién es el marido de la madre, es menester comprobar el matrimonio. Mediante esta prueba se determina quién es el que ha de presumirse padre del hijo nacido durante ese matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación.

A. *Caracteres.* Es una presunción legal.

Es una presunción *iuris tantum,* porque admite prueba en contrario. Es posible demostrar que no se han dado los hechos de los cuales se deduce la paternidad del marido de la madre en relación con los hijos de ella.

Es una presunción *imperativa*. Mientras no se haya dado la prueba en contrario, mientras no se haya desvirtuado la presunción, se estima que corresponde a la realidad y, por mandato de la ley, se considera al hijo nacido o concebido durante el matrimonio, hijo del marido de su madre.

B. *Fundamento de la presunción de paternidad*. Existen diferentes opiniones al respecto. Entre otras las siguientes:

Concepción clásica. Basa la presunción de paternidad en la cohabitación y fidelidad matrimoniales. Según numerosos autores, la presunción de paternidad se explica como consecuencia de las relaciones sexuales entre los cónyuges que, además, deben ser exclusivas. Afirman los sostenedores de esta concepción que el matrimonio impone a los esposos el deber de convivencia, de cohabitación por lo que es posible presumir que los cónyuges consumaron el matrimonio y continuaron cohabitando y que la esposa ha cumplido el deber de fidelidad, de donde se deduce, como consecuencia, la paternidad del marido.

El autor francés Motin ha hablado de cierta presunción de cohabitación única que resulta de las obligaciones recíprocas de los cónyuges, como base de la presunción de paternidad.

Para otros autores, no es la presunción de la cohabitación de los esposos y de la fidelidad de la mujer lo que justifica la presunción de paternidad. Graulich, autor también francés, dice que:

> «La ley no tiene que presumir aquí cuál ha sido la conducta de los esposos; tiene sencillamente que deducir la consecuencia lógica de las obligaciones de cohabitación y fidelidad que ha impuesto a los esposos. Los esposos están obligados a cohabitar, están obligados a guardarse fidelidad recíproca; los hijos que nacen de la mujer no pueden ser sino hijos también del marido».[70]

Esta teoría tiene sus puntos débiles y ha sido objeto de serias objeciones. Entre otras, ésta: El adulterio de la mujer aun cuando se produzca en el período de concepción del hijo, no es causa suficiente para impugnar la presunción de paternidad, y esto ocurre prácticamente en todas las legislaciones. Resulta ilógico que siendo la base de la presunción de paternidad, las presunciones u obligaciones de cohabitación y de fidelidad, no sea el adulterio de la mujer causa suficiente para excluirla.

Teoría voluntarista de Ambrosio Colin. En opinión de Colin, la presunción de paternidad se funda en la admisión anticipada por parte del marido de los hijos que nazcan en matrimonio, dada con el consentimiento matrimonial.

---

[70] P. Graulich, *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime*, pág. 155.

Parte Colin de la idea de que siendo la paternidad imposible de comprobar directamente, no puede resultar legalmente sino de un acto de voluntad del padre. En la filiación matrimonial hay, además, el matrimonio, acto voluntario en el que va implícita la admisión por anticipado de los hijos que su esposa traiga al mundo en lo sucesivo, al menos cuando la concepción no se produzca en ciertas circunstancias anormales, predeterminadas por la ley.

Pronto surgieron críticas a la teoría voluntarista. Se le objetó aduciendo que constituye una exageración de la filosofía individualista y un abuso del principio de la autonomía de la voluntad. La opinión de Colin —se ha dicho— reduce el matrimonio a un puro contrato y la paternidad a una cláusula tácita.

Pero es en relación con el matrimonio declarado nulo donde la concepción que ahora analizamos, se encuentra con mayor inconveniente. En efecto, como apunta Da Cunha Gonçalves, la presunción de paternidad debería ser ineficaz, conforme a la tesis voluntarista, cuando el matrimonio fuere declarado nulo. Y es lógico, porque la admisión que, implícitamente, había hecho el marido con el matrimonio sólo valdría en función de éste y si es válido. Si el matrimonio, el acto principal, es nulo, la admisión de paternidad, como cláusula o acto voluntario accesorio, debería seguir la misma suerte de aquél y dejar de surtir efectos.

Teoría de la cohabitación causal. Según esta opinión, la presunción de paternidad se basa en la idea de la cohabitación causal y fecunda. La regla *pater is est quem nuptiae demonstrant*, al atribuir la paternidad al marido lo que hace es presumir que la mujer ha cohabitado con su marido y que el hijo ha nacido, precisamente, de esa cohabitación matrimonial. La presunción de paternidad implica dar carácter causal a una cohabitación matrimonial, considerar fecunda la cohabitación del marido con la mujer que ha dado a luz.

Conforme a esta opinión, la impugnación de la paternidad se explica como la demostración de que el hijo no ha nacido de una cohabitación matrimonial, bien porque no hubo tales relaciones durante el período legal de concepción del hijo o bien porque habiéndolas, el hijo no nació de ellas, sino de otras.

IV. Concepción durante el matrimonio. Su prueba

Si, en sentido estricto, la filiación matrimonial deriva de la concepción dentro del matrimonio, este rigor resulta excesivo y, por tal razón, desde hace mucho tiempo se ha iniciado un movimiento legislativo que sólo exige el nacimiento dentro del matrimonio, de manera que el hijo concebido antes del matrimonio pero nacido después de haberse casado sus padres,

es matrimonial. No obstante, no ha perdido importancia la concepción del hijo dentro del matrimonio como elemento de la filiación matrimonial. Lo que ocurre es que todavía hoy resulta imposible determinar con exactitud el momento de la concepción, ni siquiera partiendo del hecho conocido del nacimiento. En efecto, para conocer el momento de la concepción partiendo del nacimiento, sería preciso conocer la duración de la gestación y a este respecto, nos encontramos una doble dificultad: no se conoce exactamente la duración de la gestación en la especie humana, por una parte y, por la otra, esa duración varía mucho de una mujer a otra y, aun en la misma mujer, de una gestación a otra. A esto se une la circunstancia de que el comienzo de la gestación no coincide con la relación sexual que le dio origen y tampoco se conoce con exactitud, el tiempo que puede transcurrir entre el acto sexual y la concepción.

Ante este problema, el legislador puede optar por una de estas dos soluciones:

a) Dejar a los Tribunales la determinación de la duración de la gestación en cada caso en particular, a decidir de acuerdo a las circunstancias de hecho y con la ayuda del dictamen pericial. Es el llamado sistema judicial.

b) Fijar legalmente el período de la concepción, estimando que ésta ha ocurrido en un lapso de tiempo equivalente a la diferencia entre el lapso máximo y mínimo de gestación y situado al principio del primero. Es el llamado sistema legal.

El legislador venezolano ha acogido el sistema legal. Resuelve el problema de la dificultad de prueba de la concepción, mediante la presunción de concepción. El artículo 213 C.C. dispone:

> «Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden el día del nacimiento».

El período de concepción de una persona se sitúa, pues, salvo prueba en contrario, en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que preceden al de su nacimiento.

Resulta ese período de concepción de la diferencia entre el lapso máximo de gestación (300 días) y el lapso mínimo (180 días). Dicho período es de ciento veintiún días, como lo establece el artículo 213 C.C. Es de ciento veintiún días porque a la resta (300 – 180 = 120), debe agregarse un día más, el centésimo octogésimo del lapso menor, que como *dies ad quem*, debe contarse.

Si los primeros ciento veintiún días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo (período de concepción), transcurrieron total o parcialmente, durante el matrimonio de la madre, hay que presumir, salvo prueba en contrario que el hijo fue concebido durante el matrimonio y que ha sido engendrado por el marido de la madre.

La presunción de concepción fue formulada en forma diferente por el Código del 42.

Durante la vigencia del Código del 42, era una presunción *iuris et de iure:* No se admitía la prueba de que la gestación había durado menos de ciento ochenta días o más de trescientos. En el Código Civil vigente, la presunción de concepción es una presunción *iuris tantum,* luego se admite la prueba de que la concepción no ocurrió en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que precedieron el nacimiento, bien porque la gestación ha durado menos de ciento ochenta días o porque ha superado los trescientos.

V. El desconocimiento de la paternidad

La paternidad de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio se comprueba mediante la presunción de paternidad y ésta es una presunción *iuris tantum,* porque admite la prueba en contrario. A eso, precisamente, a desvirtuar la presunción, a demostrar que no se han dado los hechos de los cuales se deduce la paternidad del marido de la madre en relación con los hijos de ella, está orientado el desconocimiento de la paternidad.

1. *Fundamento.* El fundamento del desconocimiento de la paternidad guarda relación con la opinión que se sustente en relación a la justificación de la presunción de paternidad, de la que constituye su aspecto negativo.

Concepción clásica. Como hemos estudiado, esta teoría basa la presunción de paternidad en los deberes de cohabitación y fidelidad conyugales y en la presunción de que se han cumplido.

Ahora bien, la presunción de paternidad debe caer, según esta opinión, cuando fallan aquellos presupuestos, o sea, cuando la cohabitación fue imposible y cuando, habiendo adulterio, se demuestra que el marido de la mujer no es el padre del hijo de ésta. No basta el adulterio de la esposa conforme a esta posición, porque si ella continuó cohabitando con su marido, el hijo podría ser también de éste; por eso deberá demostrarse, además, la no paternidad del marido. La infidelidad justifica la duda sobre la paternidad del hijo. Por eso, además del adulterio de la mujer, es menester comprobar la no paternidad del marido, para excluir la presunción de paternidad.

Resulta ilógico considerar la fidelidad de la esposa como uno de los fundamentos de la presunción de paternidad, si luego la infidelidad resulta inocua en sí misma, para hacer cesar sus efectos.

Teoría voluntarista. Para Colin, principal sustentador de esta tesis, la presunción de paternidad se funda en la admisión anticipada, por parte del marido, de los hijos que nazcan del matrimonio.

El desconocimiento de la paternidad no es sino una retractación, una revocación de aquella admisión anticipada. Habiéndose hecho ésta pensando en el desarrollo normal del matrimonio, sólo en situaciones anormales se permite la retractación. Por eso la ley admite el desconocimiento (la retractación) sólo en casos determinados, que constituyen siempre situaciones anormales en el matrimonio.

Teoría de la cohabitación causal. Si el fundamento de la presunción está en el carácter fecundo de una cohabitación presunta o probada, su exclusión se explica como la demostración de que el hijo no ha nacido de una cohabitación matrimonial, bien porque no hubo tales relaciones en el período legal de concepción o bien porque, aunque las hubiere habido, no nació el hijo de ellas, sino de otras. En tal virtud, el desconocimiento de la paternidad podrá hacerse en dos planos: en el de la cohabitación, demostrando que no hubo, que fue imposible en la época legal de concepción del hijo y en el de la causalidad, probando que no fue de esa cohabitación, caso de haberla, de la que nació el hijo.

El adulterio de la mujer no actúa como causa de exclusión de la presunción (que sería insuficiente) sino como un elemento de juicio que permite dudar de la paternidad del marido, por haber otra persona en competencia con él y justifica una investigación, por otros medios idóneos, acerca de la verdadera paternidad o, más propiamente, acerca de qué cohabitación fue la fecunda, si la del marido o la del tercero.

2. *Restricciones en esta materia.* Lo característico en casi todos los sistemas legislativos es una regulación estricta del desconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio de sus padres. Dicha regulación está presidida por un marcado rigor restrictivo que se manifiesta en varios aspectos:

   A. En las personas que pueden hacer el desconocimiento o impugnación de la paternidad. Sólo el marido de la madre, mientras él viva, puede ejercer la acción de desconocimiento.

   B. La acción está sometida a caducidad (plazos breves, generalmente). La acción orientada a excluir la presunción de paternidad ha de ejercerse

en un plazo casi siempre muy breve, pasado el cual la acción caduca. Se justifican estos lapsos breves de caducidad por la necesidad de garantizar cierta estabilidad en el estado civil de las personas y seguridad jurídica en las relaciones de filiación.

C. Limitación de las causas por las cuales se puede ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad.

3. *Sistemas legislativos. Sistemas que no prevén normas especiales sobre el desconocimiento de la paternidad matrimonial,* que queda sometida, en consecuencia, a las normas generales de prueba. Estas legislaciones no establecen reglas especiales sobre la prueba de la no paternidad del marido: a lo sumo señalan el tiempo en que debe ser ejercida la acción. Supone, por lo tanto, este sistema, libertad de pruebas tanto en los medios a emplear como en las hipótesis posibles. Código japonés de 1948, austríaco después de la reforma de 1943, el de Marruecos de 1957.

Sistema abierto. Es el de las legislaciones que establecen que el hijo no es matrimonial cuando se pruebe que el marido no es o no podría ser el padre, que es manifiestamente imposible que sea el padre del hijo de su esposa. No hay limitación de casos ni restricción de medios de prueba. Lo que interesa es demostrar la verdad biológica. Código alemán, suizo, polaco, húngaro, etc.

Sistema cerrado. El desconocimiento de la paternidad presunta del marido sólo es posible en los casos previstos y probando los hechos determinados en la ley. Portugal, Argentina, Chile, Venezuela.

Sistema cerradísimo. Sólo cabe una prueba para desconocer o impugnar la paternidad presunta del marido: su imposibilidad física de tener acceso con su mujer en el período legal de la concepción del hijo. España, antes de la reforma de 1981, Puerto Rico y Perú.

VI. El desconocimiento de la paternidad en la legislación venezolana

Acción de desconocimiento de la paternidad. Esta acción es una acción de impugnación de filiación. Como acción de filiación presenta los caracteres generales de toda acción de esta especie y, además, la acción de desconocimiento tiene rasgos propios.

1. *Caracteres propios*

La acción de desconocimiento de la paternidad es personalísima, porque sólo corresponde al marido de la madre. Este carácter se explica porque la presunción de paternidad lo afecta, directamente, sólo a él y la acción de desconocimiento es el medio que le reconoce la ley para desvirtuar tal

presunción. Sólo el marido tiene la posibilidad de ejercer la acción de desconocimiento (artículos 202, 203, 204 y 205 C.C.).

Normalmente es intransmisible por lo que, fallecido el marido de la madre, por regla general, sus herederos no pueden ejercer dicha acción. Existen, sin embargo, dos excepciones:

a') Si el marido de la madre muere sin haber ejercido la acción de desconocimiento, pero sin que haya vencido el lapso de caducidad, sus herederos pueden ejercerla. (Un sector de la doctrina llama a esta acción interpuesta por los herederos del marido de la madre, en los casos en que pueden hacerlo, acción de impugnación de la paternidad) (art. 207 C.C.).

b') Si el marido de la madre fallece habiendo demandado el desconocimiento, pero sin que hubiera recaído sentencia definitiva y firme en el juicio, sus herederos pueden continuarlo. Esta excepción, aunque no aparece consagrada en nuestro Código vigente, ni en los anteriores, es admitida sin objeción por la doctrina nacional y extranjera.

Está sometida a plazo de caducidad. Como hemos estudiado antes, cuando analizamos los caracteres de las acciones de filiación, éstas son imprescriptibles pero algunas están sometidas a plazo de caducidad. Ocurre que a la sociedad le interesa que pueda determinarse la filiación de las personas, pero también conservar un cierto grado de paz familiar. Algunas acciones de filiación perturban gravemente esta paz. La acción de desconocimiento de la paternidad es una de ellas; es, quizás, la que más profundamente altera la paz familiar. En vista de ello, la ley atiende al interés individual y social, al consagrar la acción, pero también resguarda la paz familiar, sometiendo dicha acción a plazo de caducidad.

El marido de la madre no puede ejercer la acción de desconocimiento después de transcurridos seis meses contados a partir del nacimiento del hijo de su mujer, de conocido ese nacimiento, para el caso de que se le haya ocultado o de su rehabilitación si, para la fecha del nacimiento de aquél, el marido estaba entredicho. (Art. 206 C.C.).

En el caso en que los herederos del marido pueden ejercer la acción, el lapso de caducidad de ésta es de dos meses, contados a partir del día en que el hijo haya entrado en posesión de los bienes del *de cuius* o del día en que los herederos hayan sido turbados por aquél en tal posesión. (Art. 207 C.C.).

La acción de desconocimiento debe intentarse conjuntamente contra el hijo y la madre, en todo caso. Si el hijo está entredicho, el Tribunal ante el cual se intente la acción, le nombrará un tutor *ad hoc* que lo represente en el juicio.

2. *Clases de desconocimiento*

A. *El desconocimiento normal*

Se llama así al desconocimiento en el que la carga de la prueba judicial de la no paternidad recae sobre el demandante. La acción que parte de la doctrina denomina acción de desconocimiento normal es la misma que otro sector llama acción de desconocimiento.

a) Casos:

Imposibilidad física de relaciones sexuales entre el marido de la madre y ésta. El artículo 201 C.C., en su primer aparte, establece que el marido puede desconocer al hijo de la mujer, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquél o que en ese mismo período, vivía separado de ella.

En este caso el demandante debe probar la imposibilidad física o material de las relaciones sexuales entre los esposos y, además, que esa imposibilidad ha ocurrido durante todo el período de la concepción del hijo. Al efecto el actor puede emplear todo género de pruebas.

Impotencia del marido. El artículo 204 C.C. se refiere a este caso en forma negativa declarando que el marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente. El Código Civil del 42 no exigía esta última condición, bastaba con que la impotencia del marido existiera durante todo el período de la concepción del hijo. Ni el Código del 42 ni el vigente exigen que la impotencia sea anterior al matrimonio. Resulta lógico que no se requiera otro requisito en la impotencia del marido, que el de ser manifiesta, pues para excluir la paternidad basta una impotencia adquirida y transitoria, con tal que se dé durante todo el período legal de concepción del hijo.

Existe discrepancia entre los autores acerca de cuál impotencia —si *coeundi*, *generandi* o ambas— puede ser alegada por el marido, siendo manifiesta y, ahora, permanente, para desconocer el hijo de su mujer.

Parte de la doctrina piensa que la única impotencia base del desconocimiento es la *coeundi* y no la *generandi*. Otros autores sostienen que no sólo la *coeundi*, sino también la impotencia *generandi*, cuando es manifiesta y permanente, puede ser alegada por el marido para desconocer al hijo de su mujer.

La diferencia de opinión deriva de la interpretación que se le dé al término «manifiesta» como condición de la impotencia. En efecto, si por impotencia manifiesta se entiende la que es visible, externa, perceptible mediante un examen simple y externo, sólo puede ser manifiesta la impotencia *coeundi* y debe excluirse la impotencia *generandi*. Pero si se entiende por impotencia manifiesta la patente, la clara, la cierta, la que puede establecerse de manera objetiva, sin lugar a dudas, aunque para ello se requiera el auxilio de las ciencias biológicas y médicas, tanto la impotencia *coeundi*, como la *generandi*, pueden ser manifiestas.

En consecuencia, la impotencia *generandi* también sería invocable por el marido para desconocer el hijo de su mujer, porque el fin de la acción de desconocimiento es excluir la paternidad; en dicha acción entra en juego la generación y este hecho se excluye cuando se demuestra la incapacidad del marido para engendrar, lo cual implica, necesariamente, la paternidad de otro hombre.

El aparte único del artículo 204 C.C. prevé que el desconocimiento no se admitirá, aun en caso de impotencia manifiesta y permanente del marido, cuando la concepción se ha producido por inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.

Adulterio de la mujer. El artículo 205 C.C. establece:

> «El marido tampoco puede desconocer al hijo, alegando y probando el adulterio de la mujer, a no ser que este hecho haya ocurrido dentro del período de la concepción y el marido pruebe, además, otro u otros hechos o circunstancias tales que verosímilmente concurran a excluir su paternidad».

El adulterio de la mujer durante el periodo de concepción del hijo no basta porque, a lo sumo, podría ocasionar dudas en cuanto a la paternidad y en la duda hay que decidirse en favor del hijo. Nuestra legislación exige adicionalmente al demandante, que pruebe otro u otros hechos o circunstancias que concurran a excluir su paternidad.

B. *El desconocimiento por simple denegación*. La acción de desconocimiento por simple denegación se denomina también acción de denegación de paternidad. En este caso la prueba que debe hacer el demandante se reduce a demostrar la fecha del parto de la mujer y la fecha del matrimonio, de la presentación de la demanda de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos o de la solicitud de ésta o la fecha de la sentencia definitiva y firme que declare sin lugar la demanda o terminado el juicio, según el caso.

Nacimiento del hijo antes de que hubiesen transcurrido ciento ochenta días, después de la celebración del matrimonio. (Art. 202 C.C.) Supone que el hijo, habiendo nacido durante el matrimonio, fue concebido antes de su celebración.

En este caso, aunque el hijo se tiene como hijo del marido de la madre mientras no haya sido desconocido, en verdad falta uno de los presupuestos de la filiación matrimonial.

Lo mismo que en el Código del 42, el Código vigente parte de que pudiendo durar el embarazo, un máximo de trescientos días y un mínimo de ciento ochenta, si el hijo nació antes de que hubiera transcurrido el lapso mínimo de gestación, a partir de la celebración del matrimonio significa que el período de concepción del hijo de la mujer (primeros ciento veintiún días de los trescientos, que precedieron al nacimiento del hijo) transcurrió íntegramente antes de la celebración del matrimonio. Por eso el marido de la madre puede desconocerlo por simple denegación.

No puede, sin embargo, el marido ni después de su muerte, sus herederos desconocer al hijo en ninguno de los casos siguientes:

Cuando el marido conoció antes del matrimonio el embarazo de su futura esposa.

Cuando después del nacimiento del hijo, el marido lo admite como suyo, asistiendo personalmente o por medio de mandatario especial a la formación del acta de nacimiento o comportándose como padre de cualquier otra manera.

Cuando el hijo no nació vivo.

Concepción del hijo en época en que estaba suspendido el deber de cohabitación entre la madre y el marido de ésta. (Artículo 203 C.C.). Si durante todo el período de concepción del hijo de la mujer estaba suspendido el deber de cohabitación entre ésta y su marido, falla la base de la presunción de paternidad. Esta situación existe en varios casos:

El hijo de la esposa nace después de trescientos días de presentada la demanda de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos o la solicitud de ésta. En este caso el hijo nace después de trescientos días de haber quedado suspendido el deber de convivencia entre los cónyuges, lo que significa que durante el período de concepción del hijo tal deber estaba suspendido entre la madre y su marido.

El hijo de la madre ha nacido antes de que hubieren transcurrido ciento ochenta días a contar desde la fecha en que quedó definitivamente firme la sentencia que declaró sin lugar la demanda (de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos) o terminado el juicio.

En este caso el período de concepción del hijo (los primeros ciento veintiún días de los trescientos que precedieron al nacimiento) transcurrió estando suspendido el deber de cohabitación entre la madre y el marido, pues aquél nació antes de haber transcurrido ciento ochenta días contados desde la fecha en que, por haber quedado definitivamente firme la sentencia que declaró sin lugar la demanda de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de cuerpos o terminado el juicio, cesó la suspensión del deber de cohabitación.

El aparte del artículo 203 C.C. dispone que el derecho de que trata el mismo artículo en su encabezamiento, cesa para el marido cuando se ha reconciliado con su mujer, así sea temporalmente. La razón de esta disposición es obvia.

El hijo o su madre pueden demostrar por todo género de pruebas, que aunque durante todo el período de la concepción del hijo estaba suspendido el deber de cohabitación entre la madre y su marido, aquélla concibió por obra de éste.

C. *El desconocimiento excepcional.* El desconocimiento excepcional es el que se lleva a cabo por la vía de excepción perentoria o defensa de fondo.

¿Cuándo es posible? En un juicio de reclamación de estado en el cual el pretendido hijo demanda a la mujer que pretende tener por madre (y que es casada) para establecer su maternidad, por medios diferentes a la partida de nacimiento y a la posesión de estado. Puede suceder que el sedicente hijo incluya en la demanda, como demandado también, al marido de la mujer que pretende que es su padre. Pero, aun cuando no fuera así, el marido de la mujer demandada puede hacerse parte del juicio, conforme a lo previsto en el último aparte del artículo 507 C.C. Y, entonces, el marido puede no sólo ayudar a su esposa en la defensa sino que, además, puede alegar que aun cuando su mujer fuere madre del actor, él no es el padre.

VII. Inseminación artificial y presunción de paternidad matrimonial

La presunción de paternidad fue construida en una época en que se estimaba que la generación humana sólo podía tener lugar como consecuencia de relación sexual entre hombre y mujer y que la no paternidad sólo podía demostrarse por falta de aquellas relaciones. Los modernos descubrimientos biológicos han comprobado que esas premisas no eran totalmente ciertas, pues la mujer puede ser fecundada sin necesidad de cohabitación sexual y la no paternidad puede demostrarse al margen de la falta de cohabitación. En virtud de tales descubrimientos toda la

construcción de la presunción de paternidad ha quedado profundamente conmovida y muchas de sus reglas resultan hoy insuficientes. Tarea del moderno Derecho debe ser adaptar aquellas instituciones jurídicas a las exigencias de los nuevos tiempos, aceptando esas conquistas científicas que el jurista no puede ignorar y a las que debe regular valorándolas justamente.

Y se plantea una interrogante. Cuando nace un hijo durante el matrimonio a consecuencia de inseminación artificial ¿funciona la presunción de paternidad matrimonial?

Debe distinguirse:

a) *Inseminación artificial homóloga.* Es la que se produce con semen del marido.

El hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación artificial homóloga es considerado *unánimemente,* matrimonial por virtud de la fuerza de la presunción de paternidad que no distingue si el hijo ha sido concebido naturalmente o por inseminación artificial. Además, el marido de la madre inseminada artificialmente en forma homóloga es progenitor de ese hijo, tanto fisiológicamente, pues él ha proporcionado el semen, como volitivamente, pues ha dado su consentimiento para que el hijo nazca mediante tal procedimiento.

Cuestión interesante en este punto es la del juego de esa inseminación en la acción del desconocimiento de la paternidad matrimonial por imposibilidad física de acceso carnal con su mujer, por impotencia manifiesta y permanente *coeundi,* intentada por el marido si el semen fue remitido a distancia o la inseminación se produjo cuando el marido se encontraba y estuvo todo el período legal de concepción alejado de ella.

En principio, durante la vigencia del Código del 42 de acuerdo a la disposición contenida en el artículo 199 C.C. de 1942, parecía que debía tener éxito dicha acción. Sin embargo, muchos autores de la doctrina española opinaban que parecía procedente que debía concederse a la esposa y al hijo el derecho a oponer la inseminación artificial practicada, no sólo en cuanto realidad fáctica eficiente, sino para combatir la deslealtad, del que, habiendo dado su consentimiento y cooperación para la inseminación, impugnaba luego la paternidad.

Francisco Rivero Hernández, autor español, opina que no hay inconveniente en asimilar la inseminación artificial a la cohabitación conyugal, aplicando el procedimiento de la analogía.

El caso del hijo nacido por inseminación artificial homóloga es análogo al del hijo nacido de semen marital naturalmente. La analogía se da más exactamente entre la cohabitación y la inseminación artificial: su función y sus efectos son los mismos; sólo varían los medios, aceptados, sin embargo, por los interesados. Por eso puede aplicarse la analogía.

El Código Civil vigente resuelve este problema. El aparte único del artículo 204 C.C. establece que el desconocimiento de la paternidad no se admitirá, aun en el caso de que el marido alegare su impotencia manifiesta y permanente, cuando la concepción ha tenido lugar por inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.

b) *Inseminación artificial heteróloga.* Es aquella en que se emplea para la fecundación de la esposa, semen de un tercero.

a') Sin consentimiento del marido. La doctrina no suele dudar en negar la condición de matrimonial del hijo nacido de esa fecundación al menos en un plano teórico.

La teórica solución (ilegitimidad del hijo) no es la legal precisamente en la mayoría de los Códigos, que sólo pensaron en la relación sexual como único origen de la vida humana y que por eso consideran matrimonial al hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su anulación o disolución, a menos que concurran las especiales circunstancias previstas para el desconocimiento de la paternidad. Existe una laguna legal. Conforme a nuestro derecho vigente, si la inseminación artificial heteróloga o eutelegenesia fue practicada en la mujer con autorización del marido, no se admitirá el desconocimiento de la paternidad ni siquiera en el caso de que el marido alegare su impotencia manifiesta y permanente.

Si, en cambio, la inseminación artificial heteróloga no fue autorizada por el esposo de la mujer fecundada en esa forma debe admitirse la acción de desconocimiento de la paternidad.

No se presenta problema alguno cuando el marido puede comprobar alguna de las causas establecidas en la ley a tal efecto (imposibilidad del acceso con su mujer durante los primeros ciento veintiún días que precedieron al nacimiento del hijo, su impotencia manifiesta y permanente, etc.).

Pero también puede ocurrir que no haya habido imposibilidad de acceso, ni alejamiento, ni adulterio y que el marido no padezca de impotencia manifiesta. En este caso el desconocimiento de la paternidad del marido se ve imposibilitado por nuestro sistema taxativo de causales.

Algunos autores piensan que podría ser aplicable la hipótesis planteada en el artículo 205 C.C., no porque la inseminación artificial heteróloga sin autorización del marido equivalga a adulterio, sino por la ausencia de voluntad procreacional del marido.

No obstante la dificultad de aplicar en este caso la regulación actual es clara y por eso lo conveniente es prever en el ordenamiento jurídico, la posibilidad de desconocer la paternidad matrimonial cuando la concepción se haya producido por inseminación artificial de la mujer sin la autorización del marido.

b) Inseminación artificial heteróloga con el consentimiento del marido. Este caso ha quedado resuelto por el aparte único del artículo 204 C.C. En efecto, conforme a tal disposición, el desconocimiento de la paternidad no se admitirá, aun en el caso de que el marido alegare su impotencia manifiesta y permanente, cuando la concepción ha tenido lugar por inseminación artificial de la mujer (homóloga o heteróloga, porque cuando la ley no distingue, no debe el intérprete distinguir), con autorización del marido.

DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

- *NORMAL*
  - Imposibilidad física de acceso carnal entre el marido de la madre y ésta, durante todo el período legal de la concepción del hijo (Art. 201, ap. único C.C.).
  - Impotencia manifiesta y permanente del marido (Art. 204 C.C.).
  - Adulterio de la mujer durante el período legal de concepción del hijo, aunado a la prueba de otro u otros hechos que verosímilmente concurran a excluir la paternidad del marido (Art. 205 C.C.).
- *POR SIMPLE DENEGACIÓN*
  - Cuando el hijo nace antes de haber transcurrido 180 días, contados a partir de la celebración del matrimonio (Art. 220 C.C.).
  - Cuando durante todo el período legal de concepción del hijo estaba suspendido el deber de cohabitación entre la madre y el marido de ésta (Art. 203 C.C.)
- *POR VÍA DE DEFENSA DE FONDO*
  - En juicio iniciado por el sedicente hijo para comprobar su maternidad matrimonial.

Capítulo XVII

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. SU PRUEBA. EL RECONOCIMIENTO. CLASES. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO. NATURALEZA Y EFECTOS JURÍDICOS. NULIDAD E IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO. INVESTIGACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. INQUISICIÓN DE LA MATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL: EXTREMOS SOBRE LOS CUALES RECAE. INQUISICIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. CASOS EN QUE PROCEDE LA ACCIÓN CONFORME AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE. A QUIÉNES CORRESPONDE INTENTARLA Y CONTRA QUIÉNES SE EJERCE. LA POSESIÓN DE ESTADO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

I. La filiación extramatrimonial

1. *Concepto.* Es el vínculo jurídico que existe entre el hijo y su padre o entre el hijo y su madre, cuando los padres no están casados ni para la época de concepción del hijo ni para la fecha de su nacimiento.

La filiación extramatrimonial, a diferencia de la matrimonial no es un vínculo jurídico simultáneo entre el hijo, su padre y su madre. La filiación extramatrimonial es un vínculo independiente entre el hijo y su padre o entre el hijo y su madre, porque el padre y la madre del hijo extramatrimonial no están unidos entre ellos, por el vínculo del matrimonio, ni para la época de concepción del hijo ni para la fecha de su nacimiento.

2. *Su prueba.* La filiación extramatrimonial es una especie de filiación y como tal, debe probarse. Sabemos que en Derecho no puede hablarse de filiación si no está demostrada legalmente.

   La prueba de la filiación extramatrimonial es el reconocimiento.

II. El reconocimiento

1. *Concepto.* El reconocimiento es el título y la prueba de la filiación extramatrimonial.
2. *Clases.* El reconocimiento puede ser voluntario o forzoso. El primero es el que deriva de la declaración espontánea de paternidad o de maternidad, hecha en alguna de las formas previstas a tal efecto por la ley. El forzoso es el que deriva de una sentencia definitiva y firme. El

reconocimiento forzoso no resulta de la manifestación espontánea de la paternidad o la maternidad, sino que es aquel que se impone por la fuerza de una sentencia.

III. El reconocimiento voluntario

El reconocimiento voluntario es la declaración espontánea de paternidad o maternidad hecha en las condiciones y con las formalidades establecidas en la ley.

A. *Naturaleza jurídica*

En relación con la naturaleza jurídica del reconocimiento existen distintas opiniones. Pueden señalarse, entre otras, las siguientes:

a) *El reconocimiento voluntario es una confesión.* La doctrina tradicional, generalmente, sostiene que el reconocimiento voluntario es una confesión, porque es la admisión o afirmación de la verdad de un hecho (maternidad o paternidad) que produce consecuencias jurídicas contra la persona que la hace. El reconocimiento es, según esta opinión, una confesión de paternidad o maternidad. Sin embargo, la doctrina más reciente refuta esta posición aduciendo varias razones: La confesión sólo produce efectos en juicio, de suerte que, si se aplicase la teoría de la confesión estrictamente, sería necesario hacer valer el reconocimiento como confesión en un proceso judicial para que constituyera prueba de la filiación, lo que no es cierto. El reconocimiento puede, por otra parte, producir efectos favorables para quien lo formula; no es como la confesión, una declaración contra sí mismo. El reconocimiento puede ser impugnado, la confesión no. La confesión sólo produce efectos entre las partes; el reconocimiento los produce también contra terceros.

   En nuestro país, adicionalmente, conforme al Código Civil vigente, el reconocimiento de la maternidad se puede producir sin que exista confesión por parte de la madre (cuando consta en la partida de nacimiento donde puede aparecer el nombre de la madre aunque ésta no concurra al acto).

b) *El reconocimiento voluntario es un acto jurídico,* porque es una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos. Es un acto jurídico y no un negocio jurídico porque la voluntad declarada por el reconociente no es hábil para conformar los efectos de la declaración; éstos están establecidos por la ley. Las consecuencias jurídicas del reconocimiento las dispone la ley.[71]

---

[71] Cfr. Albadalejo, *Curso de Derecho Civil IV.* Derecho de Familia, pág. 228.

c) *El reconocimiento voluntario es una confesión-admisión* porque tiene un doble carácter: el de confesión y el de reconocimiento-admisión. Además de ser confesión y como tal, medio de prueba de la filiación, el reconocimiento es un acto de voluntad por el cual el reconociente admite que el hijo tiene carácter de tal. Como confesión es irrevocable; como acto voluntario produce efectos frente a todos (*erga omnes*) y estaría sujeto a nulidad. Esta opinión es sustentada, entre otros, por Ambrosio Colin.

d) *El reconocimiento voluntario es un acto de poder.* Antonio Cicu afirma que el reconocimiento voluntario es un acto del poder familiar atribuido por la ley al reconociente quien, mediante su ejercicio, establece legalmente la filiación.

e) *El reconocimiento voluntario es un acto declarativo* por ser una manifestación que se apoya en una verdad biológica. Opina así Borda.[72]

A nuestro juicio el reconocimiento es un acto jurídico porque es, indudablemente, una manifestación de voluntad que tiene por objeto establecer una relación jurídica, la relación paterno-filial o materno-filial. Que sea un acto declarativo de estado y no constitutivo (pues el reconocimiento no crea la filiación, sino que la establece legalmente) no implica que no sea acto jurídico; es, ciertamente, un acto jurídico declarativo y por eso adherimos al criterio de Borda, ya que el elemento biológico o natural de la filiación por sí solo no determina la existencia del vínculo jurídico; para que éste se establezca es necesario que el elemento biológico trascienda al campo jurídico. El reconocimiento voluntario es un acto jurídico destinado a este fin, a que se establezca la relación jurídica de filiación. El reconocimiento voluntario es un acto jurídico familiar.

B. *Caracteres del reconocimiento voluntario*

El reconocimiento voluntario tiene las siguientes características:

a) *El reconocimiento voluntario es un acto declarativo de filiación.* El reconocimiento establece legalmente la filiación, no la produce. Por lo tanto, el reconocimiento tiene efecto retroactivo al momento de la concepción. El reconocimiento no constituye el estado de hijo, pero sí es prueba de él.

b) *El reconocimiento voluntario es un acto unilateral* porque se perfecciona con la declaración de voluntad del reconociente hecha con las formalidades de ley, sin que sea necesario la aceptación del reconocido. En los casos en que la ley exige la aceptación del reconocido (reconocimiento del mayor de edad) o de familiares del reconocido (reconocimiento del mayor

---

[72] Cfr. Borda, *Op. cit.*, Tomo I, cap. III, Nº 16.

de edad fallecido que no ha gozado en vida de posesión de estado), el reconocimiento es un acto unilateral del reconociente; la aceptación es, también, un acto unilateral y autónomo.

Es conveniente aclarar que en los casos en que es necesaria la aceptación del reconocimiento por parte del reconocido o algunos de sus familiares, los efectos del reconocimiento quedan supeditados a dicha aceptación.

c) *El reconocimiento voluntario es un acto espontáneo*. Moralmente el padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos, pero, jurídicamente, el reconocimiento voluntario es un acto espontáneo, no debido.

d) *El reconocimiento voluntario es un acto solemne*, pues debe realizarse en alguna de las formas consagradas por la ley al efecto.

e) *El reconocimiento voluntario es un acto puro y simple*, puesto que la manifestación de voluntad de reconocer no puede ser sometida a modalidad alguna (condición, término, modo).

El autor español Albadalejo opina que la adición a una manifestación de voluntad de reconocer, de alguna modalidad, la hace ineficaz para producir sus efectos legales, pues, opina Albadalejo, no debe tenerse como no puesta la modalidad y considerar el reconocimiento puro y simple, sino que es nulo.

Carresi, por su parte, sostiene que la condición, el término o el modo deben tenerse por no puestos en el reconocimiento, a menos que denoten falta de voluntad, en cuyo caso el reconocimiento será nulo.

f) *El reconocimiento voluntario puede hacerse por la propia madre o el propio padre* personalmente o a través de mandatario especialmente constituido al efecto o, *fallecido el padre o la madre*, conforme a la reforma introducida en el Código Civil vigente, *por los ascendientes más cercanos, de una u otra línea, del padre o de la madre, que concurran en la herencia* y de mutuo acuerdo si pertenecen a la misma línea.

g) *El reconocimiento voluntario es acto irrevocable* porque, perfeccionado el reconocimiento, el reconociente no puede volverse atrás y dejarlo sin efecto.

Como veremos más adelante, el reconocimiento puede hacerse en testamento y éste es un acto eminentemente revocable. Sin embargo, la irrevocabilidad del reconocimiento priva sobre la revocabilidad del testamento, de suerte que, aunque se revoque el testamento, subsiste el reconocimiento que se haya hecho en él.

Es bueno aclarar, como lo hace López Herrera, que

> «...cuando el reconocimiento se efectúa en testamento cerrado y luego éste es destruido (o son violados su cubierta o sus sellos) antes del acto formal de apertura, de hecho se produce una revocación del reconocimiento». [73]

C. *Forma del reconocimiento voluntario*

El reconocimiento voluntario tiene valor cuando se efectúa en alguna de las formas previstas en los artículos 217 y 218 C.C.

a) *Reconocimiento en la partida de nacimiento* (art. 217 C.C., ord. 1º). Para que el hijo quede reconocido por su madre en la partida de nacimiento basta que aparezca en ésta el nombre y apellido de la madre y éstos se expresarán en la partida de nacimiento del hijo (nacido o concebido dentro del matrimonio o concebido y nacido fuera del matrimonio), aunque la madre no concurra al acto, a menos que el presentante exponga que le ha sido prohibida tal mención. El nombre y apellido del padre, en cambio, si el hijo ha nacido de unión no matrimonial, no aparecerá en la partida de nacimiento sino cuando el padre concurra a hacer la presentación personalmente o a través de mandatario auténticamente constituido (art. 468 C.C.). Y sólo en estos casos la partida de nacimiento constituye prueba de la paternidad de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Recordemos que la paternidad de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio se prueba mediante la presunción de paternidad (art. 201 C.C.).

b) *Reconocimiento mediante acta especial inscrita posteriormente en los libros de Registro Civil de nacimientos* (ord. 1º, artículo 217 C.C.). El ordinal 2° del artículo 214 del Código Civil del 42, establecía que el reconocimiento podía efectuarse mediante la declaración que se hiciere ante el funcionario del estado civil, con el fin de establecer la filiación. Se utilizaba esta forma de reconocimiento, por regla general, cuando el hijo tenía partida de nacimiento, pero no había quedado reconocido en ella, pero también podía emplearse cuando no se había levantado aún e, inclusive, antes del nacimiento del hijo, siempre que estuviere concebido.

El Código Civil vigente, al prever esta forma de reconocimiento, añade el adverbio posteriormente, lo que hace pensar que ella es posible sólo después de que ha sido levantada la partida de nacimiento. Debe recordarse que, conforme a la disposición contenida en el artículo 17 C.C., el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien, razón por la cual el concebido, aún no nacido, puede ser reconocido; pero, en este caso, sólo

73 López Herrera, *op. cit.*, pág. 741.

puede serlo conjuntamente por el padre y la madre, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 223 *eiusdem.*

Esta forma de reconocimiento consiste en la declaración hecha por el reconociente ante el funcionario del Registro Civil (Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio), quien debe trasladar en acta la declaración que incluya la identificación del reconociente y del reconocido, la manifestación de reconocimiento y la fecha del acto, debidamente suscrita, al respectivo Libro de Nacimientos.

La declaración puede hacerse también, conforme a la Ley sobre Protección Familiar (arts. 3 y 4 incluidos en el Capítulo I no derogado) ante el Director (u otro funcionario autorizado por resolución ministerial) del instituto materno-asistencial de carácter público donde hubiere ocurrido el nacimiento. [74]

c) *Reconocimiento en la partida de matrimonio de los padres* (ord. 2°, art. 217 C.C.). Los hijos pueden ser reconocidos también en la partida de matrimonio de los padres que incluya la declaración de maternidad o paternidad.

d) *Reconocimiento en testamento* (ord. 3º, art. 217 C.C.). El testamento es el acto voluntario y revocable mediante el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte. Pues bien, la declaración de paternidad o maternidad que se haga en un testamento establece legalmente la filiación, es un reconocimiento voluntario, pues ésta es una de las formas en que puede ejecutarse el reconocimiento.

e) *Reconocimiento en cualquier acto público o auténtico otorgado al efecto en cualquier tiempo* (ord. 3°, art. 217 C.C.). Documento o acto público o auténtico es el otorgado con las formalidades legales ante un Registrador, Juez, Notario u otro funcionario facultado para darle fe pública en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.

El reconocimiento puede ser hecho mediante la declaración de maternidad o paternidad contenida en un acto público o auténtico.

f) *El reconocimiento también puede resultar de una declaración o afirmación incidental* en un acto realizado con otro objeto, siempre *que conste por documento público o auténtico* y la declaración haya sido hecha de un modo claro e inequívoco (art. 218 C.C.).

---

[74] *Vid.* art. 684 LOPNA. De igual modo los arts. 19 y 20 LOPNA.

Se refiere el legislador en la disposición contenida en el artículo 218 C.C., al reconocimiento indirecto e incidental. Es el reconocimiento efectuado en documento o acto público o auténtico otorgado con otra finalidad, pero en el cual consta en forma clara e inequívoca, la declaración de maternidad o paternidad. Por ejemplo, si en un documento público de venta o de donación, el vendedor o el donante declara que da en venta o en donación a su hijo... un inmueble de su propiedad.

Cuando se trate del reconocimiento voluntario de un hijo menor, sólo en este caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3º del Reglamento de la Ley Tutelar de Menores, podrá hacerse ante el Procurador de Menores de la localidad ante las Oficinas de Asistencia Jurídica del Instituto Nacional del Menor. Indica también la predicha disposición que el reconocimiento del hijo menor puede realizarse ante el Prefecto de Parroquia o Prefecto de Municipio del lugar de nacimiento del menor o por medio de documento público autenticado. Pero esto último es aplicable en todo caso de reconocimiento, trátese del de un hijo menor o mayor de edad, porque así lo establece el Código Civil (arts. 217, ords.1º, 2º y 3º y 218).

D. *Quién puede reconocer*

Mientras vivan el padre y la madre, sólo ellos pueden reconocer al hijo. Fallecidos el padre o la madre, el reconocimiento pueden hacerlo sus ascendientes más cercanos de una u otra línea que concurran en la herencia y de mutuo acuerdo, si pertenecen a la misma línea.

El reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre (art. 223 C.C.).

E. *Capacidad para reconocer*

El menor que haya cumplido dieciséis años puede reconocer válidamente a su hijo. Quien no haya cumplido tal edad puede hacerlo también, pero con autorización de su representante legal y, a falta de éste, con la del Juez competente, quien tomará las providencias que considere oportunas en cada caso (art. 222 C.C.). El menor que haya cumplido dieciséis años puede reconocer directamente a su hijo y no a través de su representante legal; si no ha cumplido tal edad, sí requiere la autorización de aquél y, en su defecto, la del Juez competente.

El reconocimiento hecho por entredicho, por loco no entredicho o por persona que no se encuentra en su sano juicio, es anulable. La doctrina discrepa en lo relativo a si el demente puede o no reconocer a un hijo durante intervalo lúcido; por la negativa se pronuncian Busso, Lafaille y Zannoni y por la positiva Borda y López del Carril. Belluscio sostiene que puede admitírselo, dado que

«...la especial naturaleza de este acto jurídico familiar justifica el apartamiento de los principios generales sobre capacidad».[75]

F. *Hijos que pueden ser reconocidos*

El reconocimiento tiene por objeto establecer el título y la prueba de la filiación extramatrimonial. En consecuencia, sólo pueden ser reconocidos los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

Conforme al Código Civil del 42, no todo hijo extramatrimonial podía ser reconocido. En efecto, según lo dispuesto en su artículo 225,

> «Si en el momento de la concepción del hijo existía en uno de los padres algún impedimento no dispensable para contraer matrimonio, la madre siempre tendrá derecho para reconocerlo, pero el padre no podrá verificar válidamente el reconocimiento sino después que haya cesado el impedimento».

De acuerdo con la mencionada disposición, no siempre el padre podía reconocer a su hijo extramatrimonial. La madre, en cambio, sí podía hacerlo. Sin embargo, durante la vigencia del Código del 42, existió discusión en la doctrina venezolana, en relación al reconocimiento del hijo adulterino de mujer casada. Así, un sector de la doctrina nacional opinaba que la mujer casada no podía reconocer al hijo habido en sus relaciones adulterinas, ya que tal hijo, legalmente, debía considerarse hijo matrimonial de la madre y el marido de ésta, en virtud de la aplicación de la presunción de paternidad consagrada en el art. 197 C.C. del 42, que atribuía al marido la paternidad del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio, presunción que –según esta opinión— sólo podía ser desvirtuada por el marido, mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento.

Conforme a este sector de nuestra doctrina, para que la mujer casada pudiera reconocer a su hijo adulterino, era necesario que el marido de la mujer ejerciera la acción de desconocimiento de la paternidad y que tal acción hubiere sido declarada con lugar por sentencia definitiva y firme y, para que el padre biológico de hijo adulterino de mujer casada pudiera reconocer a su hijo, era menester que tal hijo hubiera sido desconocido por el marido de su madre y que el matrimonio de ésta (impedimento matrimonial que prohibía el matrimonio entre los padres del hijo adulterino para la época de su concepción) se hubiere disuelto.

Otros destacados autores, por su parte, opinaban, durante la vigencia del Código del 42, que la mujer casada podía reconocer a su hijo adulterino

[75] Augusto César Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, T. II, pág. 218.

puesto que, conforme al artículo 225 del mencionado instrumento legal, «la madre siempre tendrá derecho a reconocerlo». Para fundamentar su opinión recurrían al auxilio interpretativo de la Exposición de Motivos del Código del 42, donde, en relación al artículo 225, la Comisión Redactora expresó:

> «La Comisión estimó, luego de prolongados debates, que no había razón jurídica ni humana de suficiente peso como para mantener a la madre la prohibición de reconocer al hijo en los casos del artículo citado. De allí la reforma hecha: la madre puede siempre reconocer al hijo, aun cuando tuviere impedimento no dispensable para contraer matrimonio al momento de su concepción...».

En 1980 fue promulgada la Ley Tutelar de Menores. Conforme al inciso 1 de su artículo 1°, el Estado facilitará los medios y condiciones necesarios para que el menor goce del derecho de reconocer a sus padres y, en consecuencia, para que pueda inquirir legalmente el vínculo paterno-filial, o ser reconocido por sus progenitores, independientemente del estado civil de los mismos.

Siguieron existiendo las dos posiciones doctrinales anotadas: Una, que sostenía que el hijo adulterino de mujer casada no podía ser reconocido, en virtud de que legalmente debe considerarse hijo matrimonial de su madre y del marido de ésta, por aplicación de la presunción de paternidad, presunción que sólo puede ser desvirtuada, según esta opinión, por el marido de la madre mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento.

El hijo adulterino de padre casado con mujer soltera sí podía, conforme a la posición que venimos analizando, ser reconocido, a partir de la promulgación de la Ley Tutelar de Menores, siempre que el hijo no hubiera cumplido dieciocho años, pues los menores de esta edad eran los favorecidos por la mencionada ley.

La otra opinión afirmaba que todos los hijos extramatrimoniales menores de dieciocho años podían ser reconocidos por su padre y por su madre: para este sector de la doctrina, desde que se inició la vigencia de la Ley Tutelar de Menores, el hijo adulterino de mujer casada pudo ser reconocido por ésta y por el padre biológico. Sostiene esta posición que la acción de desconocimiento no es la única forma de excluir la presunción de paternidad matrimonial, pues el Código Civil del 42 ya admitía otra vía. Conforme a él, aunque «la declaración de la madre contra la legitimidad no basta por sí sola para excluir la paternidad del marido», tal declaración, acompañada de otros hechos y circunstancias verosímiles, sí podía excluirla.

Según lo dispuesto en el Código Civil vigente, en Venezuela pueden ser reconocidos, por su madre y por su padre, todos los hijos extramatrimoniales, sin restricción alguna (hijos extramatrimoniales simples, incestuosos, sacrílegos y adulterinos).

Hijo incestuoso: Puede ser reconocido por su padre y por su madre. En verdad no nos es posible alcanzar a entender cuál es el beneficio que puede reportar a una persona nacida de un incesto, el reconocimiento de su padre y de su madre. Tal reconocimiento va a poner de manifiesto una realidad lacerante para el hijo.

Tomando en consideración estas circunstancias, el Código Civil español establece, en relación al reconocimiento del hijo incestuoso, que cuando el hijo es menor o incapaz, una vez que esté comprobada legalmente la filiación de su primer progenitor, la del segundo, si es hermano o consanguíneo en línea recta del primero, sólo podrá determinarse legalmente previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz, pudiendo éste, cuando alcance plena capacidad, invalidar tal comprobación, si no la hubiese consentido.

Pensamos que es mucho más favorable al hijo el sistema del Código español.

Pero conforme al Código Civil venezolano vigente, el hijo incestuoso puede ser reconocido por su padre y por su madre.

Hijo sacrílego: Es el nacido de relaciones extramatrimoniales cuando para el período de la concepción del hijo existía, para el matrimonio de sus padres, impedimento matrimonial de orden.

El hijo sacrílego puede ser reconocido por su madre y por su padre.

Hijo adulterino: Pueden presentarse varios casos diferentes:

a) Hijo de mujer soltera con hombre casado.

b) Hijo de hombre casado con mujer casada.

c) Hijo de hombre soltero con mujer casada.

En el primero de estos casos el hijo puede ser reconocido por su padre y por su madre.

En relación a los dos últimos, pueden distinguirse dos opiniones:

1. La de los que piensan que la presunción de paternidad matrimonial sólo puede ser excluida por el marido, mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento. Conforme a esta opinión, el hijo adulterino de mujer casada sólo podrá ser reconocido como hijo extramatrimonial por su madre y por su padre, cuando la acción de desconocimiento hubiere sido declarada con lugar.

2. Otros juristas piensan que la presunción de paternidad matrimonial puede ser excluida no sólo por el ejercicio de la acción de desconocimiento, sino también por la declaración de la madre, ya que, si bien conforme al art. 212 C.C., la declaración de la madre no basta para excluir la paternidad, la predicha declaración, aunada a otros hechos (como, por ejemplo, el reconocimiento del hijo por su padre biológico) sí puede desvirtuar la presunción de paternidad.

Conforme a esta posición, el hijo adulterino, en todo caso, puede ser reconocido por su padre y por su madre. Ésta parece ser la opinión mayoritaria en la doctrina nacional y fue la posición defendida por los integrantes de la Comisión Redactora del Código Civil vigente, quienes han sostenido sistemáticamente que la intención del legislador, la orientación de la reforma, fue hacer posible el reconocimiento de todos los hijos adulterinos, sin excepción, para que se impusiera la verdad biológica y la sinceridad.

Lo que no alcanzamos a explicarnos es el sentido, el propósito y la razón de la disposición contenida en el art. 225 C.C., que textualmente dispone:

> «Se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185-A de este Código, cuando el período de la concepción coincida con el lapso de la separación que haya dado lugar al divorcio».

Nuestra objeción es la siguiente: Si se puede reconocer voluntariamente al hijo concebido durante el matrimonio disuelto con fundamento en el art. 185-A, C.C. (ruptura prolongada de la vida en común), cuando el período de concepción coincida con el lapso de separación que haya dado lugar al divorcio, debe deducirse, por argumento a contrario, que no puede reconocerse voluntariamente al hijo concebido durante matrimonio no disuelto o durante matrimonio disuelto con fundamento en causal diferente a la ruptura prolongada de la vida en común, que es el señalado en el art. 185 A C.C. Debemos recordar que «Quien dice de uno, niega del otro».

Si se quería, con la reforma del Código Civil, hacer posible el reconocimiento de todos los hijos adulterinos, no ha debido repetirse la consagración de tal posibilidad refiriéndola especialmente al caso del hijo concebido durante matrimonio disuelto con fundamento en el artículo 185-A del Código Civil, puesto que tal repetición produce confusión en esta materia. Al respecto es bueno tener presente que «La ley, una vez que entra en vigencia, se independiza de su pasado» (Edmundo Mezger).

Considerarnos oportuno insertar aquí, además, las atinadas palabras de Cousiño Maclver:

> «Hoy en día se sostiene que la voluntad del legislador es una abstracción intangible y carente de toda realidad, pues ni siquiera se sabe, dentro de

un régimen parlamentario, si alude a la voluntad de la mayoría que votó la ley en las Cámaras, a las comisiones de técnicos que la elaboraron o al Presidente de la República que la promulgó. Es posible que en el sentir de muchos de los diputados o senadores, que concurrieron con sus votos a la aprobación de la ley, hayan pesado razones muy disímiles o que hayan obrado por instrucciones de los partidos a que pertenecen. Es posible, incluso, que muchos de estos parlamentarios no comprendan el contenido exacto de los preceptos, lo que se hace más frecuentemente a medida que aumenta el tecnicismo de las leyes y disminuye la capacidad cultural de dichos representantes, los cuales se escogen por oportunismo político y no por calidad. Se agrega que también los opositores concurren, en cierto sentido, a la elaboración de la ley, no sólo porque sus opiniones contribuyen a menudo a que algunos se decidan por la tesis contraria, sino también porque su concurrencia a la sesión sirve para dar el quórum necesario para funcionar. Por último, las opiniones individuales sirven para conocer la voluntad del parlamentario que las emite, pero dejan en la incertidumbre respecto de la voluntad de los que callan y se limitan a votar». [76]

Implicaciones civiles y penales del reconocimiento del hijo adulterino. Como quiera que en nuestro país el adulterio es causal de divorcio y, además, está tipificado como delito, el reconocimiento del hijo adulterino puede ser alegado por el cónyuge del reconociente como causal de divorcio y, por otra parte, puede hacer posible el enjuiciamiento de aquél por el delito de adulterio.

Afirman algunos destacados juristas que es completamente falso que el reconociente del hijo adulterino pueda ser prósperamente demandado en divorcio por su cónyuge, por causal de adulterio.

> «Decimos que es completamente falso que el sujeto recognoscente del hijo adulterino pueda ser prósperamente demandado en divorcio por su cónyuge, por causal de divorcio, debido a las siguientes circunstancias:
>
> 1° El adulterio hay que demostrarlo. Mas para tal finalidad no procede la confesión, porque el divorcio es de orden público.
>
> 2° En la manifestación de voluntad que implica el reconocimiento del hijo adulterino, no va implícita la confesión de adulterio. La confesión equivale a una admisión clara, evidente y no dubitable de un hecho determinado». [77]

No coincidimos con esta opinión. Estamos de acuerdo en que el adulterio como todo hecho alegado como constitutivo de causal de divorcio, tiene que demostrarse durante el correspondiente juicio. Es posible admitir

[76] Luis Cousiño MacIver, «La Interpretación de la Ley Penal en la dogmática chilena», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, págs. 704-733.

[77] Cfr. J. J. Bocaranda E., *Análisis y Consideraciones sobre el Nuevo Código Civil 1982*, pág. 278.

también que el reconocimiento sea una confesión y que, como tal, no proceda como prueba del adulterio en el juicio de divorcio, porque éste es materia de orden público.

Pero, como quiera que la prueba directa del adulterio resulta muy difícil, casi imposible, la comprobación puede hacerse recurriendo a presunciones *hominis*, es decir, a la prueba de ciertos hechos graves, precisos y concordantes, que si bien no se refieren al hecho mismo del adulterio, llevan al ánimo del Juez la convicción de que éste efectivamente tuvo lugar. Creemos que el reconocimiento del hijo adulterino efectuado por una persona casada es, cuando menos, uno de estos hechos. En este sentido, nuestra jurisprudencia de instancia tiene establecido que basta demostrar hechos directos y significativos que no permitan dudar que la unión sexual en referencia era inminente o se había producido.[78]

Por otra parte, no podemos entender cómo en la manifestación de voluntad que implica el reconocimiento del hijo adulterino, no va implícita la confesión del adulterio.

No alcanzamos a explicarnos cómo puede una persona casada reconocer a un hijo que nació de relaciones sexuales con persona diferente a su cónyuge, sin que tal declaración lleve implícita la confesión de su adulterio.

Se ha sostenido, igualmente, que el reconocimiento del hijo adulterino no constituye injuria ni siquiera leve —desde el punto de vista civil— hacia el cónyuge del reconociente y que, por tal motivo, éste no podrá alegar dicho reconocimiento como injuria grave para fundamentar su demanda de divorcio.

En este punto J. J. Bocaranda remite a la lectura de lo sostenido por él, conjuntamente con el destacado profesor universitario Chilby Abouhamad Hobaica en *La Situación Legal de los Hijos Extra-Matrimoniales*. En esta obra, los autores sostienen que el acto del reconocimiento del hijo adulterino por parte de su padre, no constituye injuria ni siquiera leve —desde el punto de vista legal— hacia la cónyuge.

> «En primer lugar, porque cuando el padre efectúa el reconocimiento no le asiste la intención de ofender con ello a su esposa. Su intención se dirige a la admisión del vínculo paterno-filial. No a la idea de envilecer o desacreditar a su cónyuge. Y aquí entra a funcionar el segundo elemento: el socio-contextual. En este sentido podemos afirmar que en nuestro país la esposa no se considera deshonrada ni siquiera en el supuesto de que el cónyuge lleve vida concubinaria públicamente conocida. Mucho menos cuando se trata del reconocimiento de un hijo, conducta que, por el contrario, suele juzgarse con ojos de aplauso para con el padre recognoscente y de beneplácito para con el hijo reconocido.

---

[78] Inst.: J. T. R. Vol. VII, Tomo I., págs. 134 a 136; J. T. R. Vol. XI, págs. 214 y 215.

Ausente la intención de ofender y tomando en cuenta la relación contextual, es evidente que el reconocimiento del hijo adulterino no puede por sí solo valer como causal de divorcio. En consecuencia, asiste un temor infundado al padre adúltero que tema efectuar el reconocimiento del hijo proveniente de tales circunstancias, porque la esposa le pueda demandar por divorcio. Podrá hacerlo, es cierto. Pero una cosa es iniciar y llevar adelante el proceso, y otra esperar una sentencia favorable. Sentencia que en el caso planteado no puede producirse favorable, por cuanto constituiría un absurdo rotundo ver en aquel reconocimiento el propósito de ofender la imagen de la esposa». [79]

A este respecto pensamos que el adúltero incurre en injuria grave contra su cónyuge cuando lleva a cabo la relación carnal en la cual concibió o engendró al hijo. Resulta muy difícil sostener que una persona casada no tenga intención de ofender a su cónyuge cuando, violando su deber de fidelidad, tiene relaciones sexuales extramatrimoniales. Tal injuria, la constituida por las relaciones adulterinas de las que nació el hijo, se pone de manifiesto con el reconocimiento de aquél. Es bueno recordar que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Civil se justificaba la eliminación del adulterio como causa de divorcio porque, entre otras, se aducía la razón de que el adulterio siempre constituye una injuria grave para con el cónyuge y, por eso, no era necesario conservarlo como causal autónoma.

En relación al elemento socio-contextual, podemos observar que si bien es admisible que por existir entre nosotros conceptos sexuales errados según los cuales se confunde la irresponsable conducta del padre inseguro de su virilidad, no se considera deshonra para la esposa el hecho de que su cónyuge reconozca a un hijo adulterino, no ocurre lo mismo cuando quien efectúa tal reconocimiento es la mujer casada.

Por lo que respecta a las implicaciones penales que puede tener el reconocimiento de un hijo adulterino, es conveniente distinguir tres casos diferentes que pueden presentarse:

Reconocimiento del hijo de mujer soltera, viuda o divorciada con hombre casado. Si el hombre casado mantiene a la mujer como concubina dentro del hogar conyugal o fuera si el hecho fuere notorio, comete delito de adulterio, delito que se pone de manifiesto con el reconocimiento del hijo. La pena contemplada por el art. 397 C.P. para tal delito es de prisión de tres a dieciocho meses. La concubina será penada con prisión de tres meses a un año.

[79] Cfr. Chilby Abouhamad Hobaica y J. J. Bocaranda E., *La situación legal de los hijos extramatrimoniales,* págs. 183 y 184.

Si no es éste el caso, si el hombre casado reconoce a su hijo adulterino habido en relaciones no concubinarias, tales relaciones no constituyen delito de adulterio.

Reconocimiento del hijo adulterino de mujer casada con hombre soltero, viudo o divorciado. En este caso el reconocimiento del hijo adulterino pone de manifiesto que la mujer ha cometido el delito de adulterio y que el padre biológico, si sabía que la mujer madre de su hijo era casada, es coautor del delito de adulterio de la mujer.

Reconocimiento del hijo adulterino de mujer casada con hombre casado. Este reconocimiento implica que la mujer ha incurrido en delito de adulterio y que el padre del hijo reconocido, si sabía que la mujer era casada, es coautor de tal delito. Además, si el padre casado del hijo adulterino reconocido mantiene a la madre de su hijo como concubina en la casa conyugal, o fuera de ella, si el hecho es notorio, comete delito de adulterio.

Hechas estas consideraciones, es conveniente aclarar, para evitar confusiones, que, según nuestro Código Civil, es posible el reconocimiento del hijo adulterino y que, por otra parte, pensamos que es perfectamente justo que todo hijo pueda ser reconocido por sus padres, ya que la prohibición del reconocimiento perjudica al hijo, que es la víctima inocente, el único que no tiene culpa de haber sido engendrado en las circunstancias en que lo fue.

No obstante creemos necesario exponer, como lo hicimos, nuestra opinión en relación a las implicaciones, civiles o penales, que puede tener en algunos casos el reconocimiento del hijo extramatrimonial, especialmente del hijo adulterino.

Como somos contrarios a la eliminación del adulterio como causal de divorcio y de separación de cuerpos y a su despenalización, pensamos que, en caso de que el reconocimiento del hijo adulterino acarree para el reconociente alguna de las consecuencias jurídicas posibles, no habrá ocurrido nada que no sea cargar a su cuenta de responsabilidad, su acto irresponsable e incorrecto, lo que es justo y, en todo caso, menos injusto que hacer sufrir al hijo inocente las consecuencias del acto de sus padres. Y por qué no pensar que la posibilidad de que se actualicen tales consecuencias civiles o penales, podría constituirse en elemento inhibitorio para aquellos que no tienen limitaciones éticas.

Por ser el reconocimiento un acto declarativo y no constitutivo de filiación, una vez perfeccionado, sus efectos se retrotraen al momento de la concepción del hijo.

G. *Efectos del reconocimiento*

El reconocimiento voluntario del hijo por su madre o por su padre, o fallecidos éstos, por sus ascendientes más cercanos de una y otra línea

que concurran en la herencia y de mutuo acuerdo, si pertenecen a la misma línea, es prueba de la filiación (maternidad o paternidad) extramatrimonial. Establecida la filiación por el reconocimiento, se producen los efectos personales y patrimoniales derivados de ellas. Produce efectos *erga omnes* sin perjuicio de que pueda ser atacado mediante la acción de nulidad o de impugnación, por lo que, declarada con lugar alguna de estas acciones por sentencia definitiva y firme, el reconocimiento quedará eliminado de la vida jurídica.

Por ser el reconocimiento un acto declarativo y no constitutivo de filiación, una vez perfeccionado, sus efectos se retrotraen al momento de la concepción del hijo.

H. *Ineficacia del reconocimiento*

El reconocimiento es ineficaz cuando no produce sus efectos jurídicos. Son dos las causas de ineficacia del reconocimiento: la nulidad y la impugnación. Ambas deben ser declaradas judicialmente: mientras no ocurra el correspondiente pronunciamiento judicial, el reconocimiento produce sus efectos jurídicos pero, declarada la nulidad o la impugnación por sentencia definitiva y firme, aquél pierde toda su eficacia, es eliminado de la vida jurídica.

a) *Nulidad del reconocimiento.* El reconocimiento está afectado de nulidad cuando se ha efectuado con transgresión de disposiciones legales o de los principios generales del Derecho. La nulidad del reconocimiento es una sanción civil determinada por la violación de disposiciones legales.

1. *Nulidad absoluta*: El reconocimiento queda viciado de nulidad absoluta cuando en su perfeccionamiento se violan requisitos de fondo o de forma.

Casos:

— Por defecto de fondo: El reconocimiento que no sea puro y simple, el hecho durante la vida del padre o de la madre por persona diferente a ellos.

— Por vicios de forma: Cuando no está identificado plenamente el reconocido o el reconociente, cuando no se ha efectuado en ninguna de las formas previstas al efecto por el legislador (arts. 217 y 218 C.C.).

Caracteres:

— El reconocimiento viciado de nulidad absoluta no es convalidable.

— La acción de nulidad absoluta del reconocimiento puede interponerla toda persona que tenga interés directo.

— La acción de nulidad del reconocimiento no está sometida a plazo de caducidad.

2. *Nulidad relativa*: El reconocimiento queda viciado de nulidad relativa cuando en su celebración se transgreden normas establecidas por el legislador para proteger especialmente al reconociente.

Casos:

— El reconocimiento efectuado por incapaz.

— El reconocimiento arrancado por violencia.

Caracteres:

— El reconocimiento viciado de nulidad relativa puede ser convalidado por el reconociente cuando llegue a ser capaz o cuando cesa la violencia de la cual fue víctima.

— La acción de nulidad relativa sólo puede ser ejercida por el reconociente, su representante legal o sus herederos.

— La acción no está sometida a plazos de caducidad.

b) *Impugnación del reconocimiento*. Es la sanción civil determinada por la falsedad del reconocimiento; por la falta de concordancia con la realidad biológica, es decir, por no ser el reconocido hijo en verdad del que, en virtud del reconocimiento, figure como su padre o como su madre.

La acción de impugnación del reconocimiento es una acción que tiene por objeto atacar el reconocimiento falso y lograr una decisión judicial que niegue al reconocido la filiación que le había sido atribuida indebidamente. Esta acción puede ser interpuesta por el reconocido y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello (art. 221 C.C.).

Las demandas de nulidad y de impugnación del reconocimiento están sometidas al sistema de publicidad previa previsto para todos los juicios de filiación en el artículo 507 C.C. La sentencia definitiva y firme recaída en estos juicios debe ser inscrita en los Libros de Registro del estado civil y un extracto de ella debe ser publicado en un periódico de circulación en la localidad sede del Tribunal de la causa y, en su defecto, por cualquier medio idóneo. A partir de esta publicación se contará el término de caducidad del recurso de impugnación o revisión acordado en el ord. 2º del art. 507 C.C.

IV. Investigación de la filiación extramatrimonial

Cuando el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio no ha sido reconocido voluntariamente por su padre o por su madre, la filiación puede ser establecida o comprobada por vía judicial. En este caso la prueba de la filiación será la sentencia definitiva y firme que declare con lugar la acción de inquisición de paternidad o de maternidad. Se trata de un reconocimiento forzoso pues, en este caso, la prueba de la filiación se impone al padre o a la madre por la fuerza de una sentencia.

A. *Las acciones de investigación o inquisición de la filiación no matrimonial* son dos: la acción de inquisición de paternidad y la acción de inquisición de maternidad. Estas acciones son acciones de filiación, más propiamente, acciones de reclamación de filiación, pues están orientadas a lograr una decisión judicial en la que se establezca o determine la filiación que siempre ha correspondido a una persona.

a) *Caracteres*. Como acciones de filiación que son, la acción de inquisición de paternidad y la de inquisición de maternidad tienen todos los caracteres generales de aquéllas, que ya hemos analizado. Ahora vamos, simplemente, a destacar particularidades comunes a las dos acciones encaminadas a lograr el reconocimiento por la vía judicial, cuando no lo ha habido voluntario. Estas notas son:

1. *Personas que pueden ejercerla*: Cuando el pretendido hijo haya alcanzado la mayoridad o se haya casado, sólo él puede ejercer la acción. Mientras el hijo sea menor de edad y no haya contraído matrimonio, la acción de inquisición de paternidad o maternidad la puede intentar el representante legal del pretendido hijo y, si éste no lo hiciere, el Ministerio Público, los organismos públicos encargados de la protección del menor, el progenitor respecto del cual la filiación esté establecida y los ascendientes de éste. Si el pretendido hijo fallece siendo menor de edad o dentro de los dos años siguientes a su mayoridad y sin haber interpuesto la acción de inquisición de paternidad o maternidad, dicha acción puede ser ejercida por sus herederos.

2. *Son acciones indisponibles* como todas las de filiación, pero sin embargo el demandado —pretendido padre o pretendida madre— pueden convenir en la demanda lo que equivaldría a un reconocimiento voluntario hecho mediante documento auténtico. Y el reconocimiento del hijo —hecho en cualquiera de las formas previstas al efecto por la ley— pone fin al juicio, por razones obvias. Así lo establece expresamente el artículo 232 C.C.:

> «El reconocimiento del hijo por la parte demandada pone término al juicio sobre la filiación en todos aquellos casos en que el reconocimiento sea admisible, de conformidad con el presente código».

3. *En ciertos casos están sometidas estas acciones a plazo de caducidad*

— Cuando se ejercen las acciones de inquisición de paternidad o de maternidad, contra los herederos del pretendido padre o de la pretendida madre, no podrán intentarse sino dentro de los cinco años siguientes a la muerte del pretendido padre o de la pretendida madre (art. 228 C.C.).

— Cuando alguna de estas acciones es ejercida por los herederos del sedicente hijo contra los herederos del pretendido padre o madre, aquéllos deben ejercerla dentro de los cinco años de la muerte de alguno de éstos y siempre que el sedicente hijo hubiere fallecido siendo menor de edad o dentro de los dos años siguientes a su mayoridad.

4. La acción de inquisición de la paternidad o de la maternidad debe interponerse contra el pretendido padre o la pretendida madre o contra sus herederos (dentro de los cinco años siguientes a la muerte del pretendido progenitor), pero cualquier persona que tenga interés directo o manifiesto, puede contradecir la demanda. A tal efecto, las referidas acciones, como todas las de filiación, están sometidas al régimen de publicidad consagrado en el artículo 507 C.C.

V. Acción de inquisición de la maternidad

1. *Objeto*. El objeto de esta acción es establecer legalmente el vínculo de filiación materna entre una persona y su pretendida madre, cuando ésta no la ha reconocido voluntariamente.

2. *Hechos que deben comprobarse*. En realidad el Código Civil vigente no determina, como no lo hacía tampoco el anterior, los hechos que debe comprobar el demandante, durante el juicio de inquisición de la maternidad, para lograr una sentencia favorable. Pero, como se trata de una acción encaminada a lograr una sentencia en la cual se establezca legalmente la filiación materna de una persona, es necesario concluir que es menester comprobar en el juicio los dos elementos cuya prueba implica la prueba de la maternidad. Ellos son:

a) El parto de la pretendida madre.

b) La identidad del sedicente hijo con la persona que nació de aquel parto.

Estos hechos pueden comprobarse por cualquier género de pruebas. No obstante, en relación con la prueba testimonial, es necesario advertir que ella sólo puede utilizarse cuando exista principio de prueba por escrito o presunciones o indicios resultantes de hechos ya comprobados y que sean bastante graves como para determinar su admisión. Esta limitación en la admisión de la prueba de testigos, aunque no consagrada expresamente por la ley en relación al juicio de inquisición de maternidad, se impone por aplicación analógica del artículo 199 C.C.

La parte demandada puede, por su parte, probar todos los hechos encaminados a demostrar que la pretendida madre no lo es en verdad.

La demanda, además, puede contradecirse por toda persona que tenga interés en ello (art. 215 C.C.).

VI. Acción de inquisición de la paternidad

1. *Objeto*. El objeto de esta acción es lograr una decisión judicial en la que se establezca legalmente la filiación paterna entre el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio y el hombre que pretende tener por padre, cuando éste no lo ha reconocido espontáneamente.

2. *Hechos que deben comprobarse*. Conforme al único aparte del artículo 210 C.C., durante el juicio de inquisición de paternidad, la parte actora debe comprobar bien la posesión de estado de hijo del pretendido padre, bien la cohabitación del pretendido padre con su madre en el período de la concepción (primeros ciento veintiún días de los trescientos que precedieron al nacimiento del pretendido hijo) y la identidad del sedicente hijo con el concebido en dicho período.

3. *Medios de prueba*. En el juicio de inquisición de paternidad puede emplearse todo género de pruebas previstas por el Código Civil, y también los exámenes o las experticias hematológicas y heredero-biológicas que hayan sido consentidas por el demandado. Entre las pruebas más utilizadas están la de antígenos heritrocitarios: Sistema ABO y Rh y la de antígenos leucocitarios: Sistema de histocompatibilidad (HLA). La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra (artículo 210 C.C.).

   El artículo 211 C.C. establece una presunción en los siguientes términos:

   > «Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción».

Es una presunción *iuris tantum*, luego, si éste es el caso, y durante el juicio el sedicente hijo demuestra que el pretendido padre vivía en concubinato notorio con su madre, para la fecha de su nacimiento (para comprobar, mediante la presunción prevista en la mencionada disposición, la cohabitación entre su madre y su pretendido padre en el período de su concepción), aquél puede excluir tal presunción demostrando por cualquier medio de prueba admitido en el Código Civil, que no cohabitó con la madre del sedicente hijo, durante el período de concepción de éste.

El demandado, además, puede contrariar la demanda de inquisición de paternidad y para ello puede demostrar todos los hechos que sean útiles para excluir su paternidad o para comprobar que la posesión de estado del pretendido hijo es falsa.

La parte demandada puede demostrar que la madre del sedicente hijo tuvo relaciones sexuales con otros hombres durante el período de concepción del hijo o que, en ese período, practicó la prostitución. En este caso, no podrá declararse con lugar la demanda por la sola comprobación de los hechos previstos en el aparte del artículo 210 C.C. Pero el sedicente hijo podrá comprobar por otros medios en el juicio la paternidad que demanda (art. 210 C.C., aparte único). Algo diferente ocurría durante la vigencia del Código del 42. En efecto, conforme al encabezamiento del artículo 220 de ese Código

> «La acción de inquisición de la paternidad ilegítima no podrá declararse con lugar cuando la madre, durante el período de la concepción, ha tenido relaciones carnales con otro individuo o ha sido de mala conducta».

4. *Casos en que procede la acción conforme al Código Civil vigente*

El artículo 226 C.C. dispone:

> «Toda persona tiene acción para reclamar el reconocimiento de su filiación materna o paterna, en las condiciones que prevé el presente Código».

Conforme a esta disposición la acción de inquisición de paternidad procede en todo caso en que un hijo concebido y nacido fuera del matrimonio (aun cuando sea adulterino, incestuoso o sacrílego) y sea cual fuere su edad, no haya sido reconocido voluntariamente por su padre.

Durante la vigencia del Código del 42 el hijo ilegítimo no simple (adulterino, incestuoso o sacrílego) sólo podía ejercer la acción de inquisición de la paternidad cuando hubiese cesado el impedimento matrimonial dirimente que prohibía el matrimonio de sus padres para el período de su concepción (aparte único del art. 220 C.C. 1942).

5. *¿A quiénes corresponde intentarla?* En vida del sedicente hijo y mientras éste sea menor de edad y soltero, puede intentar la acción de inquisición de paternidad, su representante legal y, si no lo hiciere, el Ministerio Público, los organismos públicos encargados de la protección del menor, el progenitor respecto del cual la filiación esté comprobada y los ascendientes de éste (art. 227 C.C.).

Cuando el sedicente hijo alcanza la mayoridad o contrae matrimonio, la acción sólo puede ejercerla él (aparte único artículo 227 C.C.). Y si el pretendido hijo fallece siendo menor de edad o dentro de los dos años siguientes a su mayoridad, sin haber ejercido la acción, podrán proponerla sus herederos.

6. *¿Contra quiénes se ejerce?* La acción de inquisición de paternidad debe ejercerse contra el pretendido padre. Si éste ha fallecido puede demandarse dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento, a los herederos del pretendido padre (art. 228 C.C.).

Es conveniente recordar que cualquier persona que tenga interés directo y manifiesto en el asunto puede hacerse parte en el juicio y contradecir la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 507 C.C.

El art. 4 del Reglamento de la Ley Tutelar de Menores preceptúa:

> «Para el reconocimiento forzoso, el procedimiento se iniciará por la comparecencia del interesado en solicitar el reconocimiento ante un Procurador de Menores, una oficina de asistencia jurídica del Instituto Nacional del Menor o ante un Tribunal de Menores, a fin de denunciar la negativa del padre o de la madre a reconocer voluntariamente a su hijo.
>
> Si después de citado el obligado y verificado el acto de comparecencia, no se lograre el reconocimiento por parte de aquél, el funcionario pasará los recaudos con todas las diligencias practicadas al Juez competente del lugar de residencia del menor».

VII. La posesión de estado en la filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial se comprueba mediante el reconocimiento que puede ser voluntario o forzoso.

La posesión de estado no constituye prueba de la filiación extramatrimonial. Tiene, sin embargo, su importancia en este campo.

La función de la posesión de estado en la filiación extramatrimonial puede sintetizarse en la forma siguiente:

1. *En materia de reconocimiento voluntario*

A. Conforme a nuestra legislación vigente es posible el reconocimiento del hijo muerto. Pero, cuando es reconocido el hijo muerto, tal reconocimiento no beneficia al reconociente como heredero sino cuando el reconocido hubiere gozado durante su vida, de posesión de estado de hijo del reconociente y éste así lo comprobare.

El artículo 219 C.C. establece:

> «El reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado».

B. Para reconocer al hijo mayor de edad se requiere su consentimiento, y si el hijo hubiere muerto, el de su cónyuge y sus descendientes, si los hubiere. Pero si el hijo, durante su vida gozó de la posesión de estado, fallecido él siendo mayor de edad, puede hacerse su reconocimiento sin requerirse el consentimiento de su cónyuge y descendientes, aunque los hubiere.

El artículo 220 C.C. dispone:

> «Para reconocer a un hijo mayor de edad, se requiere su consentimiento, y si hubiese muerto, el de su cónyuge y sus descendientes si los hubiere, salvo prueba, en este último caso, de que el hijo ha gozado en vida de la posesión de estado».

2. *En materia de reconocimiento forzoso.* En esta materia, comprobada durante el juicio de inquisición de la paternidad la posesión de estado, la acción debe ser declarada con lugar, a menos que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período.

En relación con el juicio de inquisición de la maternidad, la prueba de la posesión de estado del sedicente hijo en relación con la mujer que pretende tener por madre, es suficiente para que la acción sea declarada con lugar.

Capítulo XVIII

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DERIVADOS DE LAS NUEVAS FORMAS DE ORIGINAR VIDA HUMANA.

Los avances científicos hicieron posible en el siglo XX, más específicamente, a partir de los años setenta, nuevas formas de originar vida humana. Hasta entonces, la generación humana sólo podía tener lugar como consecuencia de la relación sexual entre hombre y mujer.

Las nuevas técnicas para la procreación son, esencialmente, la fertilización *in vitro* y la inseminación artificial, aunque los primeros éxitos de esta última en la especie humana se deben a Thoaret, en 1875.[80] Ellas determinan nuevas formas de paternidad y maternidad que revelan la escisión de facetas otrora unidas.

1. *Fertilización in vitro.* Inicialmente consistía en remover y extraer uno o más óvulos de una mujer casada, para fertilizarlos en una probeta con esperma del marido e implantar el embrión obtenido así, en el útero de la mujer. Luego esa técnica ha dado lugar a variantes, de manera que pueden presentarse diferentes supuestos:

a. Hijo de óvulo y semen de la pareja interesada en la procreación, gestado por la mujer de la pareja.

b. Hijo de óvulo de la mujer de la pareja y semen de tercero, gestado por la mujer de la pareja.

c. Hijo de óvulo suministrado por mujer diferente a la de la pareja y semen del varón de la pareja, gestado por la mujer de la pareja.

d. Hijo de óvulo y semen de la pareja, gestado por madre sustituta.

e. Hijo de óvulo de la mujer de la pareja y semen de tercero, gestado por madre sustituta.

f. Hijo de óvulo suministrado por mujer distinta a la mujer de la pareja y semen del varón de la pareja, gestado por madre sustituta.

g. Hijo de óvulo suministrado por mujer distinta a la mujer de la pareja, a su vez gestante, con semen del varón de la pareja.

h. Hijo de óvulo suministrado por mujer distinta a la mujer de la pareja, semen de tercero y gestado por madre sustituta, diferente a la que ha aportado el óvulo.

---

[80] Cfr. Javier Gafo, *¿Hacia un mundo feliz?*, Sociedad de Educación Atenas, Madrid, 1986, pág. 15.

i. Hijo de óvulo suministrado por mujer diferente a la de la pareja, a su vez gestante, con semen de tercero.

j. Hijo de óvulo y semen suministrados, gestado por la mujer de la pareja.

2. *Inseminación artificial*

a. Inseminación de la esposa con esperma del marido.

b. Inseminación de la esposa con esperma suministrada por tercero.

c. Inseminación de mujer diferente a la de la pareja interesada en la procreación, con esperma del varón de la pareja.

d. Inseminación de mujer diferente a la de la pareja interesada en la procreación, con esperma de tercero.

3. *Arreglos o acuerdos necesarios en los procesos de generación asistida.* Cuando la generación deja de ser un acto íntimo en el que únicamente intervienen los padres, pasa a ser un acto complejo, un verdadero proceso, prolongado en el tiempo y con intervención de terceros. Existen, como hemos anotado, muchas combinaciones posibles. En la fertilización *in vitro,* el óvulo puede ser de la propia mujer interesada en la procreación, extraído previamente para ser fecundado *in vitro,* o de otra mujer conocida o no, casada o soltera; la fecundación puede hacerse con esperma del marido o de otro hombre, casado con la mujer que suministra el óvulo o con otra, o soltero, conocido o no; la implantación puede hacerse en una mujer casada con el consentimiento del marido o sin él; los suministradores del esperma o del óvulo pueden estar vivos o muertos en el momento de su aplicación; si la suministradora del óvulo es casada, puede haberlo suministrado con el consentimiento del marido o sin él. En la inseminación artificial, puede inseminarse a la esposa con semen del marido o de tercero y, en este último caso, con consentimiento del marido o sin él; puede inseminarse a una mujer diferente a la de la pareja interesada en la procreación con semen del varón de la pareja o con semen de tercero, etc.

En fin, en los supuestos de fertilización *in vitro* (FIV) y sucesivo trasplante de embrión (FIVTE) pueden concurrir hasta seis personas con interés en la operación y posibles pretensiones de paternidad o maternidad, a saber: la mujer que da a luz y su marido, el hombre y la mujer que aportan gametos concurrentes a formar el embrión que genéticamente no procede de la mujer gestante ni de su esposo, así como los cónyuges de cada uno de ellos. En la inseminación artificial concurren la mujer inseminada que puede ser soltera o casada, siendo casada puede ser

inseminada con semen del esposo o de un tercero y, en este último caso, contar o no con el consentimiento del marido; el hombre que suministra el semen; la mujer diferente a la de la pareja que permite ser inseminada y que puede ser soltera o casada y el marido de ésta.

Esta diversidad de sujetos intervinientes en el proceso de generación asistida requiere una serie de arreglos o de convenios previos, y por eso, nos enfrentamos a temas como el de la calificación jurídica de esos acuerdos o contratos y el de la posibilidad de adaptación de las categorías negociales tradicionales a las declaraciones de voluntad encaminadas a provocar la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana. De igual forma, es menester analizar la legitimidad de los predichos actos jurídicos, a la luz de nuestro Derecho vigente.

A. *Calificación jurídica de los actos de los interesados en la reproducción humana asistida*

a. El convenio con la mujer extraña que ha de suministrar el óvulo o con el hombre extraño a la pareja que ha de suministrar la esperma es, en esencia, una donación o una compraventa, según el suministro sea a título gratuito u oneroso.

b. El convenio con la madre sustituta para que acepte el implante o ser inseminada artificialmente[81] y para que convenga en gestar la criatura, darla a luz y entregarla a la otra parle, es un contrato de servicio que, en nuestra legislación corresponde a un contrato de trabajo.

Si el óvulo utilizado en la fertilización *in vitro* es de la madre sustituía o si ella es inseminada artificialmente, en el contrato, por regla general, se incluye una cláusula en virtud de la cual la madre sustituta da su consentimiento para la adopción de la criatura por la persona o matrimonio que contraía.

c. Los servicios del hospital o clínica y del o de los médicos escogidos para llevar a efecto la fertilización in Vitro o la inseminación artificial, se pueden considerar como contratos de prestación de servicios no laborales, porque falta la subordinación requerida por los contratos de trabajo.

B. Legitimidad de tales contratos

a. *En el Derecho Comparado.* El más reciente movimiento legislativo sobre esta materia ha tenido lugar en España; en ese país fue promulgada la Ley 35, el 25 de noviembre de 1988, sobre técnicas de Reproducción Asistida que en su art. 10 preceptúa:

[81] En puridad, la mujer inseminada artificialmente es, genéticamente, la madre del hijo concebido, pues ella aporta el óvulo que es fecundado, razón por la cual, con propiedad no puede llamársele madre sustituta.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por Surrogacy Arrangements Act de 1985 prohíbe la publicidad y gestión comercial encaminada a fomentar un acuerdo o contrato de maternidad subrogada.

En Australia, el Estado de Victoria es el único que ha legislado por Infertility (Medical Procedures) Act 1984, la nulidad del contrato de maternidad subrogada.

Se han pronunciado en contrario, aunque sin legislación específica al respecto, Canadá, Holanda y Puerto Rico.[82]

En los Estados Unidos de Norte América, a pesar de haber consenso acerca de la necesidad de promulgar legislación especial en esta materia, no ha sido aprobado ninguno de los proyectos de la ley que ha habido. Pero fue en ese país donde ocurrió el caso jurisprudencial más resonante: William y Elizabeth Stern convinieron con Mary Beth Whitehead que ésta sería inseminada con la esperma de William Stern y les entregaría el hijo cuando naciera; Mary Beth Whitehead percibiría diez mil dólares del matrimonio Stern. Nació la niña el 27 de marzo de 1986. Mary Beth la llamó Sara, y los Stern, Melissa. Después de haberles entregado la niña a los Stern, Mary Beth se arrepintió y volvió a buscarla, pretendiendo quedarse con ella. Allí comenzó una batalla judicial. Se discutió en el juicio la validez del contrato. El Juez de Primera Instancia lo consideró lícito y descartó que se tratara de una compraventa de bebé, porque Stern era el padre biológico y genético de la criatura que era, en consecuencia, su hija. La guarda le fue acordada a Stern, pues se consideró que Mary Beth Whitehead había renunciado a sus derechos de madre al firmar el contrato.

---

[83] Pedro F. Silva Ruiz, «El Contrato de Maternidad sustituta o suplente o subrogada. La Maternidad de alquiler», pág. 80. Comunicación al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, 1987. Publicado en la Revista *Tapia*, año VII, Nº 36, pág. 78.

La sentencia fue apelada. Finalmente, la Corte se pronunció por la invalidez del contrato y con fundamento en el Derecho Civil, resolvió el caso como de tenencia y régimen de visitas entre padres extramatrimoniales que no conviven. Se confirmó la guardia otorgada a William Stern y se estableció un régimen de visitas a favor de Mary Beth Whitehead.[83]

b. *En Venezuela.* En nuestro país no existe legislación específica al respecto, razón por la cual debemos analizar, a la luz de nuestro Derecho vigente, la legitimidad de los acuerdos requeridos por la reproducción asistida.

a') *Donación o compraventa de óvulos o semen.* Opina el maestro Francisco López Herrera —opinión a la cual adherimos— que este tipo de acuerdos debe considerarse en nuestro medio, como contrario al orden público y a las buenas costumbres, pues atentan contra la dignidad del hombre porque significan un tráfico de simientes de vida humana.

Por otra parte, continúa diciendo el eminente jurista Francisco López Herrera, así como la persona humana está fuera de comercio por razones de orden público y. por ende, no puede ser objeto de donación ni de venta, debe admitirse que algo similar tiene que acontecer con el germen de vida que cada mujer y cada hombre lleva en sí.[84]

Adicionalmente, es menester reflexionar sobre algo que viene a ser consecuencia de la legitimación de los contratos de donación y venta de óvulos y semen: el corretaje de tales elementos, absolutamente contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Además, como quiera que la fertilización *in vitro* es una técnica que todavía se encuentra en fase experimental,[85] la finalidad del contrato de donación o compraventa de óvulos o de semen para ser empleados en tal procedimiento sería, en cierta forma, la experimentación con los elementos fundamentales de la reproducción humana, lo que es obviamente contrario a la dignidad de la persona.

b') *Contratación de madres sustitutas.* Esencialmente, el convenio consiste en que la mujer contratada (madre sustituta) se compromete a gestar uno o más embriones humanos, a dar a luz a la o las criaturas resultado de esa gestación y a entregar esa o esas criaturas a la contraparte. Tales contratos deben considerarse también como contrarios al orden público y a las buenas costumbres, porque atentan contra la dignidad humana.

---

[83] *American Bar Association Journal* del 1/2/87; 1/4/87; 1/5/87; 1/6/87 y 1/4/88.

[84] Francisco López Herrera, Ponencia presentada en las XV Jornadas «J. M. Domínguez Escobar», Barquisimeto, 1988.

[85] En Estados Unidos de América, los institutos dedicados a la técnica de FIV y que han demostrado el más alto índice de éxito, sólo lo han realizado entre 20% y el 38% de los casos tratados.

c') *Contratación de profesionales y de hospitales o clínicas.* Para llevar a efecto la fertilización *in vitro* y la posterior implantación del embrión así logrado en el útero de una mujer, se requiere la contratación de profesionales que realicen el procedimiento y de hospitales o clínicas para llevarlo a la práctica. En caso de inseminación artificial, aunque la técnica es más sencilla, lo usual es que también se recurra para efectuarla a profesionales de la medicina y a clínicas u hospitales. La conservación de embriones o de semen mediante congelación, igualmente necesita personal capacitado e institutos especializados.

Por las mismas razones por las cuales deben considerarse ilícitas la compraventa o donación de óvulos o semen,[86] la contratación de madres sustitutas y las técnicas de fertilización *in vitro,* todas las convenciones utilizadas para llevar a cabo este procedimiento o el de inseminación artificial —con la excepción de los que se celebran para la inseminación artificial de la esposa con esperma del marido— quedan viciados de nulidad. Lo mismo ocurre con todos los contratos que tengan por objeto la congelación de embriones o de semen humano para su posterior utilización en la procreación asistida o en la experimentación. Son contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

4. *Determinación de la afiliación de los hijos nacidos mediante procedimientos de fertilización in vitro o de inseminación artificial.* La nota de ilicitud que arropa las convenciones relacionadas con las nuevas formas de originar vida humana, no dispensa de explicar las consecuencias jurídicas de ellas, ya que van a presentarse con independencia de su legalidad o ilegalidad. Los hijos nacidos de operaciones contrarias a Derecho estarán allí y ellos no pueden declararse inexistentes o nulos, ni pueden desconocerse los vínculos que los unen a quienes, de un modo u otro, son sus progenitores, por naturaleza o por voluntad.

De entrada, es menester tener presente que, conforme a nuestra legislación vigente, la filiación materna resulta del nacimiento (art. 197 C.C.), la paternidad matrimonial se presume (art. 201, encabezamiento) y la extramatrimonial debe comprobarse a través del reconocimiento.

A la luz de estas disposiciones vamos a determinar la filiación de los hijos nacidos mediante las nuevas técnicas de originar vida humana.

---

[86] Con la excepción del caso de donación de óvulos o esperma entre cónyuges pues, en este caso, la predicha donación tiene por fin lograr un propósito fundamental del matrimonio como es la procreación, cuando ésta lo es posible por medios normales.

A. *Fertilización in vitro*

a) Hijo de óvulo y semen de los esposos, gestado por la esposa: si el procedimiento se lleva a cabo durante la vida de ambos cónyuges, no habrá ningún problema pues la maternidad debe ser atribuida a la mujer que dio a luz al hijo —que es su madre biológica también— y la paternidad, al marido de ella, que es su padre biológico (arts. 197 y 201 C.C.). Si el procedimiento se efectúa después de la muerte del marido con semen de él congelado y el niño nace después de trescientos diez días contados a partir del fallecimiento del marido, el hijo podrá probar en juicio su filiación paterna, pero dicho hijo no podrá considerarse matrimonial sino extramatrimonial.

b) Hijo de óvulo de la esposa y semen de tercero, gestado por la esposa: la maternidad debe ser atribuida a la esposa, porque ella dio a luz al niño (art. 197 C.C.) y la paternidad al marido (art. 201 C.C.).

c) Hijo de óvulo de mujer diferente a la esposa y semen del esposo, gestado por la esposa: el hijo tiene por madre a quien lo dio a luz —la esposa— (art. 197 C.C.) y por padre al marido de ella (art. 201 C.C.).

d) Hijo de óvulo y semen de los esposos interesados en la procreación, pero gestado por otra mujer: en este sentido, la mujer que gestó y dio a luz a la criatura —madre sustituta— es legalmente la madre del niño. Si ella es casada, su marido se tiene como padre de la criatura por aplicación de la presunción de paternidad matrimonial (art. 201 C.C.); si es soltera, el niño deberá considerarse como su hijo extramatrimonial y carecerá legalmente de padre hasta que el hombre que se considere su padre, que puede ser quien suministró el semen, lo reconozca.

e) Hijo de óvulo de la esposa y semen de tercero, gestado por otra mujer (madre sustituta): con las diferencias del caso, se resuelve como el anterior.

f) Hijo de óvulo de mujer diferente a la esposa, semen del esposo y gestado por madre sustituta: se resuelve en forma similar a los dos casos anteriores.

g) Hijo de óvulo de mujer diferente a la esposa, que a su vez es gestante, con semen del esposo: la maternidad debe ser atribuida a la mujer que suministró el óvulo y dio a luz a la criatura (art. 197 C.C.) y la paternidad al marido de ella (art. 201 C.C.), si es casada. Si no lo es, el hijo no tendrá padre legalmente hasta tanto no sea reconocido.

h) Hijo de óvulo suministrado por mujer diferente a la esposa de la pareja interesada en la procreación, semen de tercero y gestado por mujer distinta a la que ha aportado el óvulo: la madre, legalmente hablando,

de ese niño será la mujer que lo dio a luz (art. 197 C.C.); el padre será el esposo de ella, si es casada (art. 201 C.C.); caso contrario, el hombre que lo reconozca como suyo.

i) Hijo de óvulo suministrado por mujer diferente a la esposa, a su vez gestante, con semen suministrado por hombre diferente al varón de la pareja interesada en la procreación: este caso, *mutatis mutandi*, se resuelve como el anterior.

j) Hijo de óvulo y semen suministrados, gestado por la mujer del matrimonio interesado en la procreación: la maternidad debe ser atribuida a la esposa, porque ella dio a luz a la criatura (art. 197 C.C.) y la paternidad a su marido (art. 201 C.C.).

B. *Inseminación artificial*

a) Inseminación de la esposa con esperma del marido: si se efectúa durante la vida del marido, ambos serán los padres del hijo (arts. 197 y 201 C.C.). Si se lleva a cabo después de la muerte del marido y el hijo nace más de trescientos días después de su fallecimiento, la viuda será su madre extramatrimonial y el hijo deberá reclamar su paternidad.

b) Inseminación de la esposa con semen suministrado por hombre diferente al esposo: en este caso siempre se tiene como madre de la criatura a la esposa que la dio a luz (art. 197 C.C). En lo que toca a la paternidad, en principio, es atribuida al marido de la madre (art. 201 C.C.). Pero nuestro legislador establece diferencia según que la inseminación artificial de la esposa haya sido con o sin el consentimiento del marido. En el primero de los casos, la ley no le permite al marido el desconocimiento del hijo, ni siquiera alegando su impotencia manifiesta y permanente (art. 204 C.C., aparte único); en el segundo, el marido puede desconocer al hijo de su mujer, en los casos y por las causas previstas en nuestra ley (art. 201, aparte único; 202, 203, 204 y 205 C.C.).

c) Inseminación de mujer diferente a la de la pareja interesada en la procreación, con esperma del varón de la pareja: la maternidad será atribuida a la mujer inseminada que dio a luz a la criatura, conforme al art. 197 C.C. Si es casada, la paternidad del niño corresponderá, en principio, al marido de la madre. Si es soltera, el niño deberá tenerse como hijo extramatrimonial; legalmente no tendrá padre hasta que su paternidad sea demostrada.

d) Inseminación de mujer diferente a la de la pareja interesada en la procreación, con esperma de tercero: este caso *mutatis mutandi* se resuelve como el anterior.

Conclusión

Son muchos los problemas —jurídicos, éticos, religiosos, afectivos— que pueden producir las nuevas formas de originar vida humana. En este trabajo hemos analizado, someramente, sólo algunos de los jurídicos.

Moralmente son absolutamente rechazables todas las prácticas orientadas a la enajenación y manipulación de las simientes de la vida humana (óvulo y esperma) y, por supuesto, de los embriones, que ya son seres humanos: su dignidad y derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia.

La Iglesia Católica ha condenado reiteradamente las nuevas técnicas de originar vida humana: La fertilización *in vitro* y la inseminación artificial heteróloga las considera contrarias a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio. La fertilización *in vitro* homóloga se realiza fuera del cuerpo de los cónyuges, por medio de actos de terceras personas, cuya competencia y actividad técnica determina el éxito de la intervención; confía la vida del embrión al poder de los médicos e instaura un dominio de la técnica sobre la vida y sobre el destino de la persona humana, lo que es contrario a la dignidad.

La inseminación artificial homóloga, según la doctrina de la Iglesia Católica, no se puede admitir, salvo el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una ayuda para que alcance su finalidad natural.

Vistos sólo algunos de los problemas determinados por las nuevas técnicas de reproducción humana, nos preguntamos ¿no es mejor acudir a la adopción ante la infertilidad de la pareja? Con ella se solucionan no uno sino dos problemas: el dar hijos a quienes los desean fervientemente y el de dar padres y familia a quienes de ellos carecen.

Variantes que pueden presentarse en la fertilización *in vitro*

a. Hijo de óvulo y semen de la pareja interesada en la procreación, gestado por la mujer de la pareja.

b. Hijo de óvulo de la mujer de la pareja y semen suministrado por tercero, gestado por la mujer de la pareja.

c. Hijo de óvulo suministrado por mujer diferente a la de la pareja y semen del varón de la pareja, gestado por la mujer de la pareja.

d. Hijo de óvulo y semen de la pareja, gestado por madre sustituta.

e. Hijo de óvulo de la mujer de la pareja y semen de tercero, gestado por madre sustituta.

f. Hijo de óvulo suministrado por mujer distinta a la mujer de la pareja y semen del varón de la pareja, gestado por madre sustituta.

g. Hijo de óvulo suministrado por mujer distinta a la mujer de la pareja, que a su vez es gestante, con semen del varón de la pareja.
h. Hijo de óvulo suministrado por mujer distinta a la mujer de la pareja, semen de tercero y gestado por madre sustituta, diferente a la que ha aportado el óvulo.
i. Hijo de óvulo suministrado por mujer diferente a la de la pareja, a su vez gestante, con semen de tercero.
j. Hijo de óvulo y semen suministrados, gestado por la mujer de la pareja.

Variantes que pueden presentarse en la inseminación artificial

a. Inseminación de la esposa con esperma del marido.
b. Inseminación de la esposa con esperma suministrado por tercero.
c. Inseminación de mujer diferente a la de la pareja interesada en la procreación, con esperma del varón de la pareja.
d. Inseminación de mujer diferente a la de la pareja interesada en la procreación, con esperma de un tercero.

Resumen

El tema tratado es el de la filiación. Su importancia deriva de los relevantes efectos jurídicos que produce y de la trascendencia social de éstos.

Luego de referirnos a los aspectos generales de la filiación, nos adentramos en el estudio de su prueba o establecimiento legal, haciéndolo separadamente en lo que toca a la filiación matrimonial y en lo atinente a la extramatrimonial. Hacemos hincapié sobre las innovaciones introducidas en esta materia por la Reforma del Código Civil de 1982. Comentamos algunas de sus incoherencias.

El Capítulo XVIII lo dedicamos a estudiar las nuevas técnicas de producir vida humana: la fertilización *in vitro* y la inseminación artificial. Presentamos las diferentes variantes que pueden presentarse en cada una de ellas, destacamos su complejidad por el número de personas intervinientes y abordamos los temas de la calificación jurídica de los actos previos que son menester entre esas personas y de su legitimidad.

Finalmente, nos dedicamos a la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante los predichos procedimientos, en cada una de sus más importantes variantes.

Capítulo XIX

LA FAMILIA CIVIL. LA ADOPCIÓN. SU PAPEL A TRAVÉS DE LOS TIEMPOS, SU FINALIDAD. QUIÉNES PUEDEN ADOPTAR. LA NUEVA LEY DE ADOPCIÓN DE 1983. CONDICIONES DE FONDO Y DE FORMA REQUERIDAS PARA LA ADOPCIÓN. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. RÉGIMEN LEGAL DE LA ADOPCIÓN.

I. La familia civil

Al lado de la familia de sangre que es aquella que tiene su base en el hecho natural de la generación, existe la familia que ha dado en llamarse familia civil y que es la que no deriva del hecho natural de la generación, sino que resulta de vínculos artificiales creación de la ley.

II. La adopción

1. *Concepto*

Existen muchos conceptos de adopción, tantos que bien podría decirse que cada autor tiene el suyo propio pero en todos ellos, tanto en los clásicos cuanto en los modernos, encontramos elementos constantes que hacen alusión a su condición de acto jurídico y a su efecto fundamental de crear entre adoptante y adoptado, un vínculo jurídico semejante al de filiación.

Según Planiol, la adopción *es el acto jurídico solemne,* sometido a la aprobación de la justicia, que *crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación.*

Para Lacruz Berdejo, la adopción es *el acto jurídico* de Derecho de Familia en cuya virtud *se establece entre adoptante y adoptado una relación jurídica en cierta medida semejante a la paterno-filial.*

En términos generales puede decirse que la adopción es una institución jurídica fundada en *un acto de voluntad,* en virtud de la cual se crea *entre dos personas, adoptante y adoptado, un vínculo jurídico similar al de filiación.* Sus alcances varían, sin embargo, de acuerdo a los distintos ordenamientos jurídicos. En la mayoría de las legislaciones vigentes en la actualidad, la semejanza entre el vínculo creado por la adopción y el de filiación, llega a ser equiparación total en algunos casos. Eso ocurre en Venezuela cuando se trata de adopción plena. El art. 54 de la Ley de Adopción vigente establece que la adopción plena le confiere al adoptado la condición de hijo.[87]

---

[87] *Vid.* art. 425 LOPNA.

2. *Naturaleza jurídica de la adopción*

En relación a la naturaleza jurídica de la adopción existen fundamentalmente dos opiniones doctrinales: La que sostiene la naturaleza contractual de la adopción y la que afirma que la adopción es una institución.

A. Para la doctrina tradicional, la adopción es un contrato porque requiere el acuerdo de voluntades del adoptante y del adoptado o su representante legal. Así como para que nazca el vínculo contractual es menester el concurso de voluntades de las partes, para que haya adopción se requiere el acuerdo entre las partes (adoptante y adoptado o adoptante y representante legal del adoptado). Por eso la adopción es un contrato.

Laurent, Baudry-Lacantinerie, Planiol, Colin y Capitant, Josserand, Kipp-Wolf, entre otros, afirman la naturaleza contractual de la adopción.

B. Modernamente la opinión más aceptada en relación con la naturaleza jurídica de la adopción es la que sostiene que ésta es una institución jurídica de carácter peculiar.

En efecto, si bien es cierto que para la adopción es necesario el consentimiento del adoptante y del adoptado o de aquél y el representante legal de éste, es decir, el acuerdo de las partes, éstas no son libres para regular los requisitos y efectos de la adopción; es el legislador el que los determina imperativamente.

La adopción se aproxima al matrimonio en el sentido de que, como en éste, en la adopción las partes se adhieren por un acuerdo de voluntades, a una institución cuya regulación está trazada por la ley.

Si comparamos la adopción con el contrato, podemos advertir fácilmente muchas diferencias. Entre otras, las siguientes: El principio de la autonomía de la voluntad, esencial en materia contractual, no se admite en relación con la adopción. No pueden las partes en la adopción, como sí es posible en los contratos, adicionar términos o condiciones o regular en forma distinta de la legal, el vínculo creado por la adopción. En esta materia el consentimiento de las partes es necesario, pero no suficiente para que se perfeccione la adopción; hace falta la intervención y la declaración del funcionario competente del Estado para que nazca la adopción y también para que termine, ya que el mutuo disenso no extingue el vínculo que une al adoptante con el adoptado; en el contrato el consentimiento de las partes generalmente basta para crear el vínculo y el mutuo disenso para extinguirlo. El contrato es una figura jurídico-social de carácter económico; en cambio, en la adopción, el aspecto patrimonial es secundario. Por otra parte, la ley exige, para el perfeccionamiento de la adopción, el

cumplimiento de numerosos requisitos de fondo y de forma a los que no están sujetos los contratos. La adopción crea un estado familiar; el contrato, no.

En resumen, no tiene la adopción nada en común con el contrato, salvo la necesidad del consentimiento entre las partes.

Sostienen la naturaleza institucional de la adopción numerosos autores. Entre ellos Ruggiero, Mazzeaud, Cicu, Messineo y Urbaneja Achelpol y López Herrera entre los venezolanos.

La Ley de Adopción vigente en nuestro país desde 1983, en su artículo 1º reconoce la adopción como una institución consagrada por la ley.

3. *Su papel a través de la historia*

La adopción es una creación técnica del Derecho, apta por lo tanto para las funciones más diversas. Su finalidad ha variado con el devenir histórico. De allí que la evolución de la adopción, generalmente, responde al cambio de su finalidad.

A. *La adopción en la antigüedad*

La adopción ha existido desde la más remota antigüedad. Hay precedentes en el Génesis (48,5) y en el Éxodo (2,10). También en el Código de Hammurabi. Ha sabido sobreponerse a diversos obstáculos y, sobre todo, a los límites del tiempo y del espacio, para presentarse como alternativa y responder a las necesidades de los distintos pueblos.

Bonfante señala que para comprender la adopción en los tiempos y pueblos primitivos es necesario situarse en aquel mundo.

En relación al origen de la adopción, se conocen opiniones diferentes.

Bonfante sostiene que inicialmente la adopción no fue un consuelo para los padres sin hijos, no fue una satisfacción moral, sino que fue el medio de lograr la agregación de un nuevo miembro, con idénticos deberes y derechos, al consorcio político-religioso que constituía la familia, para garantizar su continuidad y su fuerza.

Royo Martínez, por su parte, piensa que es posible que el origen más remoto de la adopción haya sido religioso. En los tiempos más remotos —nos dice este autor— se tenía la creencia de que quien moría sin descendientes que pudieren prestarle obsequios fúnebres, estaba destinado al eterno desamparo en su vida de ultratumba. Supuesto esto, la adopción vino a ser un remedio para la grave desgracia que significaba para una persona el morir sin descendencia. Con la adopción se aseguraba la continuación del culto familiar, que se habría interrumpido por la falta de descendencia.

Una hipótesis bastante fundada considera que la adopción tuvo su origen en la India en sustitución del levirato. El levirato fue una institución conforme a la cual la mujer viuda sin hijos debía unirse al hermano o al pariente más cercano del marido y se consideraba al hijo fruto de esta unión, hijo del extinto, lo que permitía la continuación del culto doméstico. Cuando la evolución de las costumbres produjo repugnancia hacia el levirato, éste fue reemplazado por la adopción.

Otra opinión sostiene que el verdadero origen de la adopción se encuentra en los pueblos de Asiria y Babilonia, tal como se desprende del Código de Hammurabi que data del siglo XX antes de Cristo.

La adopción fue bastante utilizada en la antigüedad, siempre por las indicadas razones religiosas. Así en la India, Egipto, Atenas, etc.

B. *La adopción en el Derecho Romano*

a) *Derecho Romano antiguo*

La adopción fue una institución civil que creaba entre dos personas relaciones similares a las que las *justae nuptiae* producía entre el *pater* familia y el hijo.

Su fundamento fue religioso: se trataba de evitar mediante la adopción la muerte sin descendencia, porque ésta determinaba la extinción de la *sacra privata*.

En el Derecho Romano se conocieron dos tipos de adopción: La adrogación y la adopción propiamente dicha.

La adrogación fue la forma más antigua de adopción. Mediante ella, un hombre *sui iuris* tomaba como hijo a otro varón menor que él, pero púber y *sui iuris*. La adrogación implicaba la incorporación del adrogado y de las personas sometidas a su autoridad, a la familia del adrogante, así como también la transferencia del patrimonio del adrogado al del adrogante. Originalmente la adrogación se realizaba mediante el acuerdo de los interesados con la aprobación de los comicios curiados. Luego Diocleciano estableció la adrogación *per rescriptum principis*. Antonio Pío permitió la adrogación de los impúberes.

En la adopción propiamente dicha, el adoptado —hombre o mujer— era *alieni iuris*. El adoptado, por efecto de la adopción, salía de su familia de sangre y de la potestad de su *pater familias* para ingresar en la del adoptante.

Hasta Diocleciano sólo podían adoptar los varones. Diocleciano estableció una especie de ficción adoptiva en beneficio de las mujeres sin hijos.

b) *Derecho Romano Justinianeo*

Justiniano limitó los efectos patrimoniales de la adopción y, en relación con la adopción propiamente dicha, distinguió dos tipos: la adopción plena (*adoptio plena*) y la menos plena (*adoptio minus plena*).

La adopción plena era aquella en la que el adoptante era ascendiente del adoptado. Ocasionaba la sumisión del adoptado a la patria potestad del adoptante.

La menos plena era aquella en la que el adoptante era un extraño. En esta especie de adopción, el adoptado conservaba su situación familiar anterior; es decir, seguía perteneciendo a su familia de origen, sin quedar sometido a la potestad del adoptante. La adopción menos plena tenía como efecto fundamental darle al adoptado derecho sucesorio *ab intestato* en la herencia del adoptante.

C. *La adopción en la Edad Media*

En la Edad Media la adopción subsistió sólo en ciertas regiones de Europa: España, sur de Francia e Italia, con los mismos caracteres de la adopción romana.

La adopción decayó mucho en la Edad Media hasta que llegó prácticamente a desaparecer en el siglo XVI.

a) *Derecho Germánico*

En el Derecho Germánico la adopción tenía fundamentos y efectos diferentes de los reconocidos en los pueblos antiguos. Su finalidad era la de dar a quien carecía de descendencia un sucesor en su actividad guerrera, su situación social y política, pero no creaba verdadero parentesco ni atribuía derecho hereditario.

Existió en el Derecho Germánico una institución similar, aunque no idéntica a la adopción: la affatomia, que consistía en la asimilación de los hijos de un matrimonio disuelto a los que nacían del nuevo matrimonio del viudo o de la viuda, tal como si éstos y aquéllos fueran hermanos de doble conjunción. Pronto perdió su vigencia.

b) *Derecho Español*

La institución de la adopción fue mantenida en el Derecho Español. La reglamentaron el Fuero Real y las Partidas, que la denominaban prohijamiento (profijamiento).

Las Partidas distinguían entre arrogación que correspondía a personas no sometidas a patria potestad y la adopción, aplicable a personas sujetas a patria potestad. La adopción podía ser plena o perfecta o menos plena o imperfecta. Su regulación estaba basada en el Derecho Romano.

c) En el antiguo Derecho Francés la adopción decayó como consecuencia de la mayor importancia atribuida a los vínculos de sangre y de no considerarse deshonroso el hecho de morir sin descendencia. Se convirtió en un medio en virtud del cual quien no tenía hijos podía adquirirlos, pero sus efectos jurídicos fueron de escasa importancia.

D. *La adopción en la Revolución Francesa*

Con la Revolución Francesa se inicia el resurgimiento de la adopción. A pesar de que no existían leyes reguladoras de esta institución, la gente comenzó a adoptar. Por esta razón la Asamblea tuvo que promulgar una Ley, la Ley 25 Germinal, cuyo fin fue regular las adopciones realizadas *sine lege.*

El Código Napoleón mantuvo la adopción aunque en difíciles condiciones de fondo y de forma. Reconoció la adopción tanto por el hombre como por la mujer, pero el adoptante debía tener cincuenta años, por lo menos, y quince más que el adoptado, quien debía ser mayor de edad.

La adopción en el Código Napoleón era contractual, requería el consentimiento del adoptado, quien debía haber sido mantenido en su minoridad, al menos durante seis años consecutivos, por el adoptante. Sólo se exceptuaba de estos requisitos la adopción remuneratoria, que podía perfeccionarse cuando el adoptado había salvado la vida del adoptante, y la adopción testamentaria, sometida a la forma de los testamentos, pero que requería que el causante hubiese tenido bajo tutela al adoptado por lo menos durante cinco años.

La adopción, tal como fue regulada por el Código Napoleón, resultó un fracaso, ya que se privaba de ella a los menores de edad, a quienes se considera los más necesitados de sus beneficios.

En el Código Napoleón se reguló una institución complementaria. Fue la Tutela Oficiosa, que permitía a una persona obtener la representación legal de un menor con la obligación de asistirlo y educarlo y constituía un medio de preparar la adopción cuando el pupilo llegara a la mayoridad.

E. *La adopción a partir del siglo XIX*

En el siglo XIX y en los EE.UU. comienza a tomar gran importancia la adopción. A partir de este siglo se concibe la adopción como un medio de dotar al niño huérfano o en situación irregular, material o familiar, de protección adecuada y, además, como medio de establecer una vinculación afectiva similar a la derivada de la filiación.

La adopción se considera una institución con fines altruistas y afectivos.

F. *La adopción en la legislación venezolana*

El Código Civil de 1862 no reguló la adopción.

Desde el Código Civil de 1867, que fue el primero que consagró la adopción en nuestro país, hasta el de 1942, no hubo variaciones de importancia.

En 1972 se promulgó la Ley sobre Adopción que introdujo importantes reformas en la materia.

El 26 de julio de 1982 entró en vigencia la Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Inexplicablemente, en este instrumento legal se copiaron, en forma textual, todas las disposiciones del Código Civil del 42 relativas a la adopción. Nadie ha podido dar una razón lógica que justifique tal situación.

Finalmente, el 18 de agosto de 1983, fue promulgada la nueva Ley de Adopción. Dicha ley entró en vigencia, conforme a lo dispuesto en su artículo 81, treinta días después de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* y, desde entonces, quedó derogada la Ley sobre Adopción de 1972.[88]

4. *Finalidad de la adopción*

Aunque la adopción, como hemos visto, ha existido desde los tiempos más remotos, no ha tenido siempre la misma finalidad. En este sentido, en relación con su finalidad, podemos distinguir la adopción tradicional de la adopción moderna.

A. *Adopción tradicional.* Estaba organizada fundamentalmente en favor de la familia del adoptante, de su linaje, del que viene a ser la adopción, forma de perpetuación. El adoptado obtenía, por su parte, de una u otra forma, ciertos beneficios de la adopción, pero esos beneficios eran accesorios y secundarios.

B. *Adopción moderna.* La nueva concepción de la adopción comienza en el siglo XIX en Estados Unidos. La adopción moderna se concibe y es organizada en beneficio del adoptado, generalmente un menor, a quien se trata de proteger dotándolo de un sistema de protección adecuado y eficaz. Los fines que persigue la adopción moderna son altruistas y afectivos. Los intereses del adoptante son también tomados en cuenta, pero en forma secundaria.

Advirtamos que lo que fue finalidad fundamental en la adopción tradicional pasa a ser objetivo secundario o accesorio en la adopción moderna y lo que en ésta es fin primordial, el beneficio del adoptado, era meramente secundario en la adopción tradicional.

---

[88] *Vid.* art. 684 LOPNA.

Por lo que respecta a nuestra legislación vigente debemos anotar que el artículo 1º de la Ley de Adopción prevé:

> «La adopción es una institución establecida fundamentalmente en interés del adoptado».[89]

5. *Caracteres de la adopción*

A. *La adopción es un acto bilateral,* pues requiere el consentimiento del adoptante y del adoptado o de su representante legal. Además, según el caso, la adopción puede requerir otros consentimientos adicionales. Pero lo cierto es que, en toda adopción, pueden distinguirse dos partes: el o los adoptantes (según que la adopción sea individual o conjunta) y el o los adoptados (según sea sencilla o múltiple).

B. *La adopción es un acto solemne,* porque la ley exige el cumplimiento de una serie de formalidades para el perfeccionamiento de la adopción.

C. *La adopción es un acto puro y simple,* pues en la adopción no se pueden adicionar modalidades. Tanto los consentimientos requeridos para la adopción, como el decreto judicial que la acuerde, tienen que ser puros y simples.

D. *La adopción es un acto entre vivos.* Para que pueda decretarse la adopción deben estar vivos adoptante y adoptado, no sólo cuando se inicie el procedimiento, sino también para la fecha del decreto de adopción. Nuestra legislación no admite la adopción por testamento.

E. *La adopción es un acto regulado por normas de orden público.* La adopción crea estado de familia. Como quiera que las disposiciones legales concernientes a los estados familiares son de orden público, las que regulan la adopción lo son por tal razón.

F. *La adopción es un acto personalísimo.* En materia de adopción nuestra legislación no acepta ni siquiera la representación impropia. El consentimiento ha de ser expresado en forma personal y directa.

III. Régimen legal de la adopción en Venezuela

La adopción fue consagrada por vez primera en nuestro país en el Código Civil de 1867. Desde entonces y hasta el Código de 1942, el régimen legal de la adopción se mantuvo prácticamente idéntico. Conforme a este sistema no se creaba entre adoptante y adoptado un verdadero vínculo de

[89] *Vid.* art. 75, ap. único Constitución. *Vid.* art. 406 LOPNA.

filiación. La adopción sólo determinaba un vínculo peculiar entre adoptante y adoptado, pero no producía parentesco entre éste y la familia de aquél, ni tampoco entre el adoptante y el cónyuge y los descendientes del adoptado. La condición jurídica del adoptado no lo favorecía; era inferior a la del hijo de sangre, matrimonial o extramatrimonial.

Así, por ejemplo, el artículo 828 del Código del 42, en materia de sucesión hereditaria *ab intestato*, disponía:

> «Cuando no hubiere posteridad legítima ni natural, los hijos adoptivos concurrirán con las personas llamadas a suceder por los artículos anteriores; pero sólo tomarán una cuota igual a la de la menos favorecida de aquellas personas, cuota que no excederá, en ningún caso, del quinto de los bienes.
>
> El hijo adoptivo no tiene derechos hereditarios en la familia del padre adoptante, y éste tampoco los tiene respecto al hijo adoptivo, ni respecto a su familia».

Más tarde, el primer aparte del artículo 75 de la Constitución Nacional de 1961, estableció:

> «La filiación adoptiva será amparada por la ley». [90]

Todas estas circunstancias revelaron la necesidad de modificar el sistema. Ciertamente, la regulación no estaba de acuerdo con las legislaciones extranjeras más modernas, ni con la realidad venezolana en donde se manifestaba la tendencia favorable a la equiparación del hijo adoptivo al matrimonial, en el empleo de ciertas prácticas adoptivas orientadas a hacer aparecer al hijo adoptivo como matrimonial. Por eso surgió en nuestro país una corriente de opinión que propugnaba la modificación del régimen legal de la adopción.

En 1962, el Ministerio de Justicia elaboró un Proyecto de Ley de Legitimación adoptiva, proyecto que nunca llegó a ser ley, pues ni siquiera fue discutido en las Cámaras Legislativas.

En 1965, el mismo Ministerio de Justicia presentó a la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley sobre Adopción. La nueva Ley sobre Adopción recibió el Cúmplase del Presidente de la República, el 20 de junio de 1972, y fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República* al día siguiente. Como quiera que el artículo 99 de la Ley sobre Adopción previó una *vacatio legis* de treinta días contados a partir de su publicación, la referida ley entró en vigencia el 21 de julio de 1972. En ese mismo artículo, el 99 de la Ley sobre Adopción, se derogaron las disposiciones contenidas en el Título IV, Libro Primero del Código Civil vigente para aquella época, el aprobado en el año 1942.

---

[90] *Vid.* art. 75, ap. único Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El 26 de julio de 1982 fue reformado parcialmente el Código Civil. En la reforma encontramos que, en materia de adopción, se copiaron textualmente las disposiciones del Código del 42. Es realmente inexplicable la actitud del legislador del 82. Lo lógico y lo deseable hubiera sido incorporar al Código Civil la regulación de la adopción.

Lo anteriormente expuesto arrojó confusión en relación al régimen legal de la adopción hasta que entró en vigencia la nueva Ley de Adopción (septiembre de 1983). En efecto, si se aplicaba el criterio de posteridad, parecía que la ley aplicable era el Código Civil, porque entró en vigencia en 1982, después de la Ley sobre Adopción de 1972. Pero, si se aplicaba el criterio de especialidad, debía concluirse que la ley aplicable era la Ley sobre Adopción, que era, en esta materia, la ley especial y que, por tal razón, debía privar sobre la general, que, en este caso, era el Código Civil.

Personalmente nos pronunciamos, en aquella oportunidad, en el sentido de que la ley aplicable era la Ley sobre Adopción, con las modificaciones que resultaban de disposiciones expresas del Código Civil (en relación a la vocación hereditaria *ab intestato* del adoptado en adopción simple en la herencia del adoptante, por ejemplo) o de los principios orientadores de la reforma.

Finalmente, la aludida confusión quedó despejada con la promulgación de la Ley de Adopción, originada primordialmente por la necesidad de adaptar a la Reforma Parcial del Código Civil la regulación de esta institución de 1982. La Ley de Adopción está vigente desde el 18 de septiembre de 1983, treinta días después de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* y, desde entonces, quedó derogada la Ley sobre Adopción de 1972. (Art. 81, Ley de Adopción). [91]

1. *Clases de adopción*

Es posible clasificar la adopción atendiendo a diferentes criterios.

A. *De acuerdo a los efectos producidos*, la adopción puede ser plena o simple.

a) *Adopción plena*. Es la que confiere al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes. Esta especie de adopción crea, además, parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante; entre el adoptante y el cónyuge y la descendencia futura del adoptado y entre los miembros de la familia del adoptante y el cónyuge y la descendencia futura del adoptado.

---

[91] *Vid.* art. 684 LOPNA.

b) *Adopción simple.* Es la que sólo determina un vínculo civil de naturaleza especial entre el adoptado y el adoptante. Consideramos conveniente apuntar que, de acuerdo a la nueva Ley de Adopción, la adopción simple sólo es posible en el supuesto previsto en el artículo 30 de la misma ley, que preceptúa:

> «En caso de oposición a la adopción plena por causa del interés del adoptado, el Juez consultará a todas las personas que deban consentir en la adopción proyectada si aceptan o no que el procedimiento continúe como de adopción simple. Si las personas indicadas están conformes, el procedimiento continuará como de adopción simple, pero si cualquiera de ellas expresa oposición, el Juez, previa opinión del Representante del Ministerio Público, decidirá lo que creyere más conveniente para la persona por adoptar. Se dejará constancia escrita en el expediente de la adopción de las declaraciones de dichas personas. Cuando la oposición se fundamentare en alguno de los impedimentos previstos en esta Ley, el Juez negará la adopción».

Se da prioridad a la adopción plena; la simple se mantiene excepcionalmente.[92]

B. *De acuerdo al número de adoptantes,* la adopción puede ser individual o conjunta.

a) *Adopción individual.* Es aquella en la cual el adoptante es una sola persona, hombre o mujer.

b) *Adopción conjunta.* Es aquella en la cual los adoptantes son marido y mujer no separados de cuerpo legalmente.

C. *De acuerdo al número de adoptados,* la adopción puede ser sencilla o múltiple. En la primera el adoptado es una sola persona; en la segunda, son dos o más.

D. *De acuerdo a que el adoptado sea menor o mayor de edad,* la adopción puede ser de menores de edad o de mayores.

2. *Requisitos necesarios para adoptar*

La adopción interesa no sólo al o a los adoptantes, sino también al adoptado, a sus familias y a la sociedad. Por ello la ley ha rodeado la adopción de numerosos requisitos, unos de fondo y otros de forma.

A. *Requisitos de fondo*

Son los exigidos por la ley para la adopción y que no están directamente relacionados con su tramitación y posterior inscripción en el Registro del Estado Civil. Los requisitos de fondo son: Capacidad para adoptar, ausencia de impedimentos, consentimientos necesarios (y opiniones facultativas) y período de prueba.

---

[92] *Vid.* art. 407 LOPNA.

a) *Capacidad para adoptar*. La capacidad para adoptar es la aptitud legal para ser sujeto activo de la adopción. Resulta del concurso de las siguientes condiciones: Capacidad de derecho común, edad mínima para adoptar y diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado.

a') *Capacidad de derecho común*. El artículo 4 de la Ley sobre Adopción de 1972 disponía: «Los incapaces no pueden adoptar». La Ley de Adopción vigente suprimió tal disposición, en nuestro criterio, por innecesaria. Obviamente, los incapaces no pueden adoptar. En consecuencia, son incapaces para adoptar los entredichos por causa de demencia, los locos no entredichos, los inhabilitados, los entredichos por causa de condena penal.

La capacidad para adoptar debe existir en la fecha de la solicitud de la adopción, pero no basta con que exista en tal fecha; es menester que subsista durante la tramitación judicial y hasta que el decreto de adopción haya quedado firme.

b') *Edad mínima para adoptar*. El artículo 18 del Código Civil vigente, en su encabezamiento, establece que es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho años. En su aparte único, el artículo mencionado dispone que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales. Pues bien, en materia de adopción existen estas disposiciones especiales. El legislador ha considerado conveniente exigir una edad mínima para adoptar. El artículo 4.° de la Ley de Adopción dispone:

> «La capacidad para adoptar se adquiere a los 25 años».

La Ley de Adopción establece una edad mínima para adoptar única: 25 años. Es indiferente el tipo de adopción que se pretenda; para cualquiera se requiere haber cumplido veinticinco años. Es indiferente también el sexo del adoptante, sea éste hombre o mujer, ha de tener veinticinco años por lo menos.[93]

c') *Diferencia de edad entre adoptante y adoptado*. La Ley de Adopción vigente en nuestro país, en su artículo 5°, dispone:

> «En todo tipo de adopción los adoptantes deberán ser como mínimo 18 años mayores que el adoptado. Cuando se trata de la adopción del hijo de uno de los cónyuges por el otro cónyuge, la diferencia de edad deberá ser de diez años al menos. Excepcionalmente el Juez de la causa, por motivos justificados, podrá decretar adopciones aun cuando no exista la diferencia de edad exigida en la disposición anterior».[94]

---

[93] *Vid*. art. 409 LOPNA.

[94] *Vid*. art. 410 LOPNA.

Debemos observar, ante todo, que, por inadvertencia del legislador, en el artículo preinsertado se alude a la diferencia de edad exigida en la disposición anterior, cuando es el mismo artículo que prevé la excepción el que determina la mencionada diferencia de edad.

La Ley de Adopción vigente requiere la misma diferencia de edad entre adoptado y adoptante, sea éste varón o mujer; el adoptante ha de ser dieciocho años, al menos, mayor que el adoptado.

Si el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante, la diferencia debe ser de diez años al menos.

El Juez competente queda facultado por la ley para decretar la adopción, aunque no exista diferencia de edad requerida entre el adoptante y el adoptado, cuando existan motivos justificados, los cuales serán apreciados por él.

b) *Ausencia de impedimentos.* Los impedimentos para la adopción son prohibiciones para adoptar establecidas en la ley. Son limitaciones a la capacidad de adoptar. En nuestra Ley de Adopción encontramos algunos impedimentos que prohíben cualquier tipo de adopción, son los llamados impedimentos generales. También consagra la mencionada ley impedimentos propios de la adopción individual, de la conjunta y de la plena.

a') *Impedimentos generales.*

a'') *Impedimento de adopción anterior.* El artículo 6º de la Ley de Adopción dispone:

> «No puede adoptarse a quien ya ha sido adoptado, mientras subsista la adopción precedente, excepto que la nueva adopción la efectúe el otro cónyuge.
>
> El impedimento previsto en este artículo desaparece, al fallecer el adoptante anterior».

Este impedimento se explica y justifica fácilmente. Ciertamente, adopciones sucesivas de una misma persona producirían una situación familiar confusa, desfavorable y sin sentido. Por esta razón, el impedimento de adopción anterior desaparece cuando deja de existir la adopción precedente o cuando, sin extinguirse, fallece el adoptante.

Por igual motivo, no existe impedimento para la adopción de una persona adoptada previamente, cuando el nuevo adoptante es el cónyuge del anterior. En este caso, obviamente, no se produce confusión por virtud de la nueva adopción, sino que la situación será similar a la de la adopción conjunta.

b'') *Impedimento de tutela.* El artículo 11º de la Ley de Adopción preceptúa:

«El tutor puede adoptar al pupilo o ex pupilo que no haya cumplido aún diecinueve años de edad o que sea entredicho, sólo después de aprobarse definitivamente las cuentas de la tutela».[95]

El impedimento existe para la adopción del pupilo o ex pupilo que no haya cumplido diecinueve años de edad o que sea entredicho, cuando quien pretenda adoptarlo sea el tutor y hasta tanto no se haya producido la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela.

Se orienta este impedimento a evitar adopciones que tengan por finalidad disimular u ocultar una gestión inadecuada por parte del tutor. Por tal razón, el impedimento cesa, bien cuando el pupilo ha cumplido diecinueve años, bien cuando cesa la interdicción o bien cuando han sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela. Cuando el ex pupilo ha cumplido diecinueve años de edad es plenamente capaz y puede decidir si le conviene o no la adopción, aun cuando no haya habido aprobación definitiva de las cuentas de la tutela. El legislador fijó en diecinueve años la edad que debe tener el ex pupilo para que desaparezca el impedimento de tutela, porque estimó razonable el lapso de un año, a partir de la mayoridad, para que aquél decida si interpone o no la acción de rendición de cuentas contra su ex tutor. Cuando cesa la interdicción del pupilo desaparece su incapacidad y, cuando han sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela, ya no es posible que la adopción se lleve a cabo para disimular una gestión incorrecta del tutor y, en consecuencia, no hay motivo para que la ley la impida.

c'') *Impedimento de matrimonio*. Una persona no puede adoptar a su cónyuge. Este impedimento no está consagrado expresamente por nuestra Ley de Adopción, pero debe deducirse, como consecuencia, de la disposición contenida en el artículo 54 del Código Civil vigente, en virtud del cual existe impedimento matrimonial dirimente para el matrimonio entre adoptante y adoptado.

En relación con los impedimentos generales es menester para concluir, aclarar lo siguiente:

- La Ley sobre Adopción de 1972 prohibía, con algunas excepciones, que las personas con descendencia de sangre adoptaran. Tal impedimento se orientaba a evitar adopciones que pudieran perjudicar, afectiva o materialmente, a los descendientes de sangre del adoptante. La Ley de Adopción vigente eliminó el impedimento de descendencia de sangre, de suerte que las personas, aun cuando tengan tal descendencia, pueden adoptar.

[95] *Vid*. art. 413 LOPNA.

- La Ley sobre Adopción de 1972 prohibía la adopción de los hijos legítimos y legitimados por sus padres de sangre. Aquí se impone un comentario. Durante la vigencia del Código Civil del 42, la adopción del hijo legítimo o del legitimado carecía de sentido, puesto que el hijo legítimo tenía, por voluntad de la ley, la mejor condición jurídica que podía tener un hijo y el legitimado, por efecto de la legitimación, adquiría una condición jurídica idéntica a la de aquél. El hijo extramatrimonial (llamado por el Código del 42 y por la Ley sobre Adopción, natural) no tenía, en cambio, la misma condición jurídica que el legítimo en relación con su padre y con los consanguíneos de éste, razón por la cual se justificaba la adopción del hijo extramatrimonial, como medio de equipararlo, mediante la adopción plena, al hijo matrimonial.

Actualmente, conforme al Código Civil vigente, carece de sentido no solamente la adopción de los hijos matrimoniales, sino también la de los extramatrimoniales, como quiera que éstos, comprobada legalmente su filiación, tendrán la misma condición jurídica que aquéllos, con relación al padre, a la madre y a los consanguíneos de éstos (art. 234 C.C.).

b') *Impedimento propio o exclusivo de la adopción individual*

a'') *Impedimento de exclusión*. Está consagrado en el artículo 10º de la Ley de Adopción. Consiste en que una persona casada no puede adoptar a ningún hijo de su cónyuge si con esa adopción excluye a otro hijo de aquél.

Éste es un impedimento muy especial. Su especialidad deriva de las características siguientes:

- Sólo afecta a la adopción individual en la que el adoptante sea una persona casada y el adoptado un hijo del cónyuge de aquél.
- Existe sólo cuando la adopción en proyecto excluya a otro hijo del cónyuge del adoptante.

Es un impedimento dispensable. Conforme al único aparte del artículo 10º de la Ley de Adopción, el Tribunal competente puede, con conocimiento de causa y basado en el informe favorable y circunstanciado del Instituto Nacional del Menor, acordar la adopción que implique exclusión, cuando así lo recomienden motivos plenamente justificados y comprobados.[96]

c') *Impedimentos propios o exclusivos de la adopción conjunta*

a'') Impedimento de inexistencia o irregularidad del matrimonio. El artículo 8º de la Ley de Adopción dispone:

---

[96] *Vid.* art. 412 LOPNA.

> «No pueden adoptar conjuntamente, sea en adopción plena o en adopción simple, sino cónyuges que no estén legalmente separados de cuerpo».

En consecuencia, la falta de matrimonio o la irregularidad en el mismo, representada por la separación legal de cuerpos entre los cónyuges, constituye impedimento a la adopción conjunta. Un hombre y una mujer que no sean esposos no pueden adoptar conjuntamente; tampoco pueden hacerlo los que estén separados legalmente de cuerpos.

b'') *Falta de otra condición exigida por la ley para la adopción conjunta.* El aparte único del artículo 4º de la Ley de Adopción exige, en caso de adopción conjunta, que los esposos no separados legalmente de cuerpos que pretenden adoptar «deberán tener al menos tres años de casados». Luego el impedimento que ahora analizamos existe cuando los esposos que desean adoptar tienen menos de tres años de casados. La Ley sobre Adopción de 1972 requería, además, que los esposos no hubieren procreado descendencia en su matrimonio. Con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Adopción ha desaparecido tal requerimiento. [97]

c'') *Impedimento de adopciones diferentes.* El artículo 9° de la Ley de Adopción dispone:

> «Los cónyuges no pueden adoptar conjuntamente a una misma persona en adopciones de diferente tipo».

No es posible que marido y mujer adopten conjuntamente a una misma persona y que lo hagan con adopciones diferentes; no es posible, por ejemplo, que el marido adopte en adopción plena y la mujer en adopción simple a una misma persona, siendo la adopción conjunta. [98]

d') *Impedimento propio de la adopción plena.* Nuestra Ley de Adopción no permite la adopción plena de mayores de edad sino cuando existen relaciones de parentesco entre el que pretende adoptar y la persona a quien desea adoptar o cuando la persona por adoptar hubiere estado integrada, desde su minoridad, al hogar del adoptante o cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge adoptante.

Del contenido de esta disposición se desprende que la adopción plena del menor de edad es posible libremente. En caso de que el adoptado sea mayor de edad, la adopción plena sólo es posible en los siguientes casos:

---

[97] Requisito eliminado por la LOPNA.

[98] *Vid.* art. 407 LOPNA.

— Cuando la persona que se pretende adoptar tenga relaciones de parentesco con quien proyecta adoptarlo.

— Cuando la persona por adoptar hubiere estado integrada, desde su minoridad, al hogar del adoptante.

— Cuando la persona por adoptar sea hijo del cónyuge del adoptante.[99]

Éste es el único impedimento a la adopción plena de acuerdo a la nueva Ley de Adopción. Resulta conveniente aclarar que la mencionada ley suprimió tanto el impedimento de descendencia del adoptado, en virtud del cual, conforme a la Ley sobre Adopción derogada, no podía adoptarse en adopción plena a la persona que tuviera descendencia de sangre, hijo adoptivo o descendiente de éste; como el impedimento de adopción individual que consistía en que la adopción plena estaba reservada, en principio, para los cónyuges no separados legalmente de cuerpos y siempre que lo hicieran en forma conjunta. Sólo excepcionalmente era posible la adopción plena e individual.

Actualmente, conforme a la Ley de Adopción vigente, puede ser adoptada en adopción plena la persona que tenga descendencia de sangre, hijo adoptivo o descendiente de éste. Por otra parte, la adopción plena puede ser solicitada conjuntamente por los cónyuges no separados legalmente de cuerpos, individualmente por uno de los cónyuges o por cualquier persona con capacidad para adoptar (artículo 2.° Ley de Adopción).

c) *Consentimientos necesarios*. La Ley de Adopción exige, para que la adopción pueda ser decretada, el consentimiento de ciertas personas.

Además del consentimiento del o de los adoptantes, obviamente necesario, se requiere el de las siguientes personas:

a') De la persona que se pretende adoptar, si es mayor de doce años (art. 13, L. de A.).

b') Para la adopción de menores de edad se requiere el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad. Cuando ésta sea ejercida por menores de edad, dicho consentimiento deberá ser prestado por ellos con la asistencia de su representante legal o, en su defecto, con la autorización del Juez de Menores (art. 12, L. de A.).

c') Para la adopción de menores sometidos a tutela ordinaria, de menores emancipados, de entredichos o de inhabilitados, se requiere el consentimiento del respectivo tutor o de la opinión del curador. Si se trata de la adopción de un pupilo del Estado, es necesario el

---

[99] *Vid.* art. 407 LOPNA.

consentimiento del Instituto Nacional del Menor, consentimiento que será dado por su representante legal o por algún funcionario expresamente autorizado por éste (art. 14 de la Ley de Adopción en concordancia con el art. 18 *eiusdem*).

d') Si la persona a quien se pretende adoptar es casada y no separada legalmente de cuerpos, se necesita el consentimiento de su cónyuge (art. 15 Ley de Adopción).

e') Si quien pretende adoptar en adopción individual es persona casada y no separada de cuerpos legalmente, es menester el consentimiento de su cónyuge, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley de Adopción.[100]

Los consentimientos necesarios para la adopción han de tener las siguientes condiciones:

— Deben ser expresos. Se prestarán ante el Tribunal competente.
— Han de ser puros y simples, no puede adicionárseles término o condición.
— Deben ser dados personalmente, pues en esta materia no es posible ni siquiera la representación impropia.
— Han de estar exentos de vicios.

No obstante lo indicado anteriormente, las personas señaladas en los artículos 13, 14 y 17 pueden expresar directamente ante el Instituto Nacional del Menor su consentimiento u opinión favorable a la adopción por persona o matrimonio que escoja posteriormente dicho Instituto.

Si falta alguno de los consentimientos necesarios para la adopción o si alguno de ellos fue viciado, o no fue dado pura y simplemente, la adopción queda viciada de nulidad. [101]

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Adopción, no se exigirán los consentimientos de las personas arriba indicadas, cuando éstas se encuentren en imposibilidad permanente de manifestarlo o cuando se desconozca su residencia. [102]

d) *Opiniones facultativas*. El artículo 17 de la Ley de Adopción establece:

> «Si el Juez lo creyere conveniente podrá solicitar la opinión sobre la adopción en proyecto:

[100] *Vid.* art. 414 LOPNA.

[101] *Vid.* art. 416 LOPNA.

[102] *Vid.* art. 417 LOPNA.

1) De los hijos mayores de 12 años tanto de la persona que pretende adoptar como los de la persona a quien se proyecta adoptar.

2) De los abuelos de los menores de edad, entredichos o inhabilitados a quienes se pretende adoptar».

Es potestativo del Juez consultar o no la opinión de las personas señaladas en el artículo preinserto y, por otra parte, tales opiniones no son obligantes para el Juez, como quiera que, aunque sean desfavorables a la adopción, ésta puede ser decretada y no quedará viciada de nulidad por tal motivo.[103]

e) *Período de prueba.* El período de prueba es requisito de fondo de la adopción de menores no emancipados.

El período de prueba es el lapso legal durante el cual deben convivir la persona que proyecta adoptar y la que se pretende adoptar, en el hogar del primero, previamente a la tramitación de la adopción.

Debe durar tres meses cuando menos. El Juez competente, si lo estima conveniente, podrá de oficio o a petición de parte o del Representante del Ministerio Público, ordenar la prórroga del período de prueba. Durante el período de prueba o su prórroga, si la hubiere, el solicitante de la adopción ejercerá la guarda sobre el menor a quien pretenda adoptar y velará por su mantenimiento y educación.

Cuando una persona casada pretenda adoptar al hijo de su cónyuge, no es menester el cumplimiento del requisito del período de prueba (Primer aparte del artículo 20 de la Ley de Adopción). [104]

B. *Requisitos de forma.* Son ellos el procedimiento de adopción, su inscripción en el Registro Civil y el pase o *exequatur* que debe recibir, de la autoridad judicial venezolana correspondiente, el decreto de adopción pronunciado en país extranjero, para que pueda producir efectos en nuestro país.

a) *Procedimiento de la adopción*

a') *Solicitud.* El procedimiento de adopción comienza con la solicitud. En relación con ésta vamos a establecer quién debe hacerla, en qué forma puede hacerse, ante quién debe hacerse, qué debe contener y cuáles recaudos deben consignarse junto con ella.

a'') *¿Quién debe hacer la solicitud de adopción?* La persona (adopción individual) o los esposos no separados legalmente de cuerpos (adopción conjunta) que pretendan adoptar, personalmente.

---

[103] *Vid.* art. 415 LOPNA.

[104] *Vid.* arts. 422, 423 y 424 LOPNA.

b'') *¿En qué forma puede hacerse?* La solicitud de adopción puede hacerse en forma escrita o verbal. En este último caso, el Juez levantará un acta e interrogará al solicitante sobre los requisitos que exige el artículo 23 de la Ley de Adopción (los que debe expresar la solicitud escrita).

Durante la vigencia de la Ley sobre Adopción de 1972, la solicitud de adopción tenía que ser escrita. El legislador, al prever la posibilidad de la solicitud verbal en la nueva Ley de Adopción, busca facilitar la adopción.

c'') *¿Ante quién debe hacerse?* Es necesario distinguir: Si se trata de adopción de menores, corresponde conocer del procedimiento de adopción al Juez de Menores del domicilio o de la residencia de la persona que pretende adoptar. En cualquier otro caso conocerá del procedimiento el Juez de Primera Instancia en lo Civil con competencia en materia de Familia, del domicilio o de la residencia de la persona que proyecta adoptar (2.° aparte del artículo 22 de la Ley de Adopción).[105]

d'') *Contenido de la solicitud de adopción.* El artículo 23 de la Ley de Adopción enumera los datos y menciones que el adoptante debe expresar en la solicitud. Algunos de tales datos se refieren al adoptante; otros a la persona que se proyecta adoptar; otros a eventuales relaciones de familia entre los sujetos, activo y pasivo, del acto; algunos al tipo de adopción en proyecto. Además, se puede expresar en la solicitud de adopción, cualquiera otra circunstancia que se considere pertinente o de interés.

El artículo 23 de la Ley de Adopción establece:

«En la solicitud de adopción se expresará:

1) Identificación del solicitante y señalamiento de su fecha de nacimiento, nacionalidad, profesión u ocupación, domicilio o residencia y estado civil;

2) Indicación, cuando se trate de adopción conjunta, de la fecha del matrimonio de los solicitantes. De tratarse de adopción individual y si el solicitante es persona casada, habrá igualmente de señalar la fecha del matrimonio, la identificación completa del cónyuge, nacionalidad, la fecha de nacimiento, profesión u ocupación, domicilio o residencia de éste;

3) Identificación de las personas que deben consentir o han consentido en la adopción, con indicación de su domicilio o residencia;

[105] *Vid.* art. 493 LOPNA.

4) Identificación de cada una de las personas por adoptar y señalamiento de sus respectivas fechas de nacimiento, nacionalidad, domicilio o residencia;

5) Indicación del vínculo de familia, consanguíneo o de afinidad entre el solicitante y la persona por adoptar; o la mención de que no existe vínculo familiar entre ellos;

6) Indicación respecto a que la persona por adoptar no ha sido previamente adoptada, o, en caso contrario, mencionar si la adopción solicitada corresponde a alguna de las excepciones previstas en el artículo 6º;

7) Indicación, cuando se trata de adopción de una persona casada, de la fecha del matrimonio, identificación completa del cónyuge, el domicilio o residencia de éste, y si existe separación legal de cuerpos, la fecha de la sentencia o del decreto respectivo;

8) Constancia relativa a que el adoptado tuviere descendencia consanguínea o adoptiva;

9) Indicación, cuando se trate de adopción de menores, entredichos o inhabilitados, del nombre y apellido, domicilio o residencia de cada una de las personas naturales o jurídicas que deben consentir en la adopción, con indicación del vínculo familiar y del cargo que desempeñan respecto de la persona por adoptar.

Si alguna de esas personas estuviere impedida de consentir sobre la adopción en proyecto, se indicará esa circunstancia, así como su causa;

10) Indicación de si la adopción en proyecto no implica la exclusión señalada en el artículo 10; o, en caso contrario, que la misma corresponde a la excepción consagrada en el aparte de ese artículo;

11) Indicación, cuando se trate de la adopción de un menor o de un entredicho, respecto a si el solicitante o alguno de los solicitantes es o ha sido tutor; y en caso afirmativo se expresará si han sido o no aprobadas las cuentas definitivas de la tutela;

12) Indicación, cuando se pretende adoptar a un mayor de edad, del vínculo de parentesco o la integración al hogar del adoptante;

13) Indicación sobre el uso de apellidos y cambio de nombre para la persona o personas por adoptar, de acuerdo a las previsiones de los artículos 52 y 53, si fuere el caso;

14) Cualesquiera otras circunstancias que se consideren pertinentes o de interés».[106]

Conforme a la Ley sobre Adopción de 1972, la solicitud de adopción tenía que hacerse en forma escrita; no era posible hacerla verbalmente. La Ley de Adopción vigente, en cambio, para facilitar la adopción, consagra la posibilidad de que la solicitud sea hecha en forma escrita o verbal. En

---

[106] *Vid.* art. 494 LOPNA.

este último caso, el Juez competente que la recibe levantará un acta. Tal acta tiene por finalidad acreditar la solicitud de adopción hecha verbalmente.

Además, en caso de solicitud verbal de adopción, según la disposición contenida en el artículo 22 de la mencionada ley, el Juez interrogará al solicitante sobre los datos y menciones que debe contener la solicitud escrita.

Consideramos conveniente aclarar que, en todo caso, la solicitud de adopción constará en forma escrita y pensamos que así tiene que ser. La diferencia entre lo preceptuado al respecto por la Ley sobre Adopción del 72, hoy derogada, y la nueva Ley de Adopción está en que, según aquélla, el escrito que contenía la solicitud de adopción tenía que ser hecho siempre por quien pretendía adoptar; en tanto que, conforme a ésta, si bien la solicitud ha de ser presentada siempre personalmente por el interesado en adoptar, como quiera que puede ser escrita o verbal, cuando sea hecha en forma escrita será redactada por quien proyecta adoptar, y cuando sea verbal, constará en el acta que, con base en tal manifestación, redactará el Juez competente.

Ahora bien, en caso de solicitud verbal de adopción, el Juez interrogará al interesado en adoptar sobre todos los datos e indicaciones que debe expresar la solicitud escrita de adopción, debe dejar constancia escrita en el expediente de adopción, de las preguntas formuladas por él y de las respuestas obtenidas del solicitante.

Se trata de facilitar la adopción haciendo más sencilla para el adoptante la iniciación del procedimiento, pero, para lograr que éste reúna las condiciones de ser expedito y seguro, es necesaria la constancia escrita de la solicitud y de los datos que ella debe contener. [107]

e'') *Recaudos que deben consignarse con la solicitud*. Cuando la o las personas que pretenden adoptar presentan la solicitud de adopción, deben acompañarla de una serie de recaudos exigidos por la Ley de Adopción.

El artículo 24 de la mencionada ley preceptúa:

> «La solicitud de adopción será presentada con los siguientes documentos:
>
> 1) Copia certificada de la partida de nacimiento de cada uno de los solicitantes;
>
> 2) Copia certificada del acta de matrimonio o de la decisión judicial de divorcio o separación de cuerpos de los solicitantes;

[107] *Vid.* art. 493 LOPNA.

3) Copia certificada de la partida de nacimiento de cada una de las personas por adoptar, o la comprobación, mediante la cédula de identidad, de la fecha de nacimiento y la nacionalidad de estas personas;

4) Prueba auténtica del estado civil de la persona por adoptar, salvo que ésta fuere soltera;

5) Copia certificada del decreto de adopción cuando el solicitante tuviere otros hijos adoptivos;

6) Copia auténtica de los respectivos consentimientos cuando éstos no hayan sido presentados ante el Juez, conforme al artículo 18».

El legislador ha sido verdaderamente minucioso y prolijo al enumerar los datos y menciones que debe contener la solicitud de adopción, así como también al detallar los recaudos probatorios que deben acompañarla. La razón de tal minuciosidad la encontramos en la circunstancia de que era necesario lograr un procedimiento sencillo y expedito —para lo cual se requería eliminar o, al menos, reducir lo más posible el lapso de pruebas—, pero que, al mismo tiempo, permitiera al Juez competente verificar a cabalidad, si se han cumplido o no todos los requisitos de fondo de la adopción. Ahora bien, para lograr un procedimiento sencillo y seguro a la vez, es necesario obligar a los interesados a redactar la solicitud en forma detallada y a presentarla acompañada de los recaudos probatorios requeridos para demostrar el cumplimiento de los requisitos de fondo. Téngase presente que, en caso de solicitud verbal de adopción, el Juez competente debe dejar constancia de ella en acta que la contenga y debe, además, interrogar al solicitante sobre los datos e indicaciones que debe expresar la solicitud escrita.[108]

b') *Examen de la solicitud y notificaciones.* Recibida la solicitud de adopción y los recaudos probatorios que deben acompañarla, el Juez deberá:

• Examinar la solicitud y los documentos consignados junto con ella por quien pretende adoptar, para establecer si la primera contiene todos los datos y menciones exigidos por la ley y si los segundos están completos.

Si el interesado en adoptar manifiesta que le es difícil obtener alguno de los recaudos que deben acompañar la solicitud de adopción, el Juez, dentro de las tres audiencias siguientes a la presentación de la solicitud y si la encuentra justificada, requerirá los documentos faltantes a los organismos competentes. (Artículo 25 de la Ley de Adopción).

---

[108] *Vid.* art. 495 LOPNA.

Los organismos requeridos los enviarán en un lapso no mayor de diez días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento del Tribunal.[109]

• Notificar, en todo caso de adopción, al Representante del Ministerio Público, quien dispondrá del término de diez audiencias, a partir de la fecha de su notificación, para formular las observaciones que estime pertinentes. Es menester aclarar que, si el Ministerio Público no hiciere observaciones, el procedimiento continuará su curso. (Artículo 26 de la Ley de Adopción).[110] Esta previsión de la ley es perfectamente coherente con las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público (ord. 4º del art. 6°; num. 3 del art. 39 y num. 14 del art. 42) que confieren al referido Ministerio la función de velar porque, en los procedimientos en que esté interesado el orden público, como son todos los relativos a materia de Familia, se apliquen rectamente las leyes.

La notificación del Representante del Ministerio Público en el procedimiento de adopción es un requisito en cuyo cumplimiento está interesado el orden público; su omisión obliga, en consecuencia, a reponer la tramitación al estado de efectuarla.

El Representante del Ministerio Público interviene en los procedimientos de adopción como parte de buena fe. Su misión es velar por la exacta y cabal aplicación de la ley.

La ley concede al Representante del Ministerio Público un plazo de diez audiencias, contadas a partir de la fecha de su notificación, para formular las observaciones que estime pertinentes. Es lógico considerar que, para que la misión del Ministerio Público en el procedimiento de adopción pueda ser cumplida a cabalidad, el Juez que conozca del mismo, no puede limitarse a librar y enviar la respectiva boleta de notificación, sino que debe remitir también al Ministerio, copia certificada de la solicitud de adopción o del acta levantada por él en caso de solicitud verbal, así como también copia certificada de todos los recaudos presentados con ella por la persona que pretende adoptar.

Prevé expresamente la Ley de Adopción que «si el Ministerio Público no hiciere observaciones, el procedimiento continuará su curso». Tal disposición tiene por finalidad evitar que la falta de diligencia del Ministerio Público, que se presenta con relativa frecuencia, retarde el procedimiento de adopción.

---

[109] *Vid.* art. 496 LOPNA.

[110] *Vid.* art. 497 LOPNA.

Además, el Representante del Ministerio Público está facultado por la Ley de Adopción para hacer oposición a la adopción bien porque la considere contraria al interés del adoptado, o bien porque no se ha cumplido alguno de los requisitos sustanciales exigidos por la ley.

• Notificar la adopción solicitada por mujer viuda, a los ascendientes y descendientes del cónyuge difunto, cuando la adoptante, en la solicitud, haya indicado que la persona que proyecta adoptar, llevará su apellido de casada. La referida notificación se hace a los fines previstos en el artículo 52 de la Ley de Adopción, conforme con el cual, los descendientes y ascendientes del cónyuge difunto, capaces para la fecha de la solicitud de adopción hecha por la viuda, pueden oponerse a que el adoptado por ella lleve su apellido de casada.

c') *Apertura de un lapso de diez audiencias*

Hechas las notificaciones anteriormente señaladas, a partir de ellas el Juez abrirá un lapso de diez audiencias. Dentro de este lapso se hará lo siguiente:

• El Juez consultará a todas las personas cuyo consentimiento se requiere para la adopción solicitada.

• El Juez podrá, también durante este lapso, solicitar la opinión sobre la adopción en proyecto a las personas señaladas en el artículo 17 de la Ley de Adopción vigente. Recordemos que es potestativo del Juez solicitar la opinión de tales personas y que nunca dichas opiniones serán obligantes.

• Durante este lapso se comprobarán las relaciones de parentesco o la integración de la persona por adoptar en el hogar del adoptante, en el caso de que haya solicitado la adopción plena de una persona mayor de edad.

• Si se trata de adopción de un menor de edad no emancipado, se comprobará, también durante este lapso, el cumplimiento del período de prueba requerido en este caso.

• También, durante este lapso, es posible formular oposición a la adopción solicitada.[111]

d') *Oposición a la adopción.* De acuerdo con la nueva Ley de Adopción es posible la oposición a la adopción. Veamos quiénes pueden hacerla, por qué causas y en qué oportunidad.

---

[111] *Vid.* art. 498 LOPNA.

• *Personas que pueden oponerse a la adopción*: La Ley de Adopción sólo atribuye esta facultad a las personas cuyo consentimiento es necesario para la adopción y al Representante del Ministerio Público.

• *Causas de la oposición a la adopción*. Las personas facultadas por la ley para oponerse a la adopción pueden hacerlo por dos causas:

– Porque no se han cumplido todos los requisitos sustanciales establecidos en la ley: Capacidad para adoptar, consentimientos necesarios, ausencia de impedimentos y período de prueba.

– Porque se considere la adopción contraria al interés del adoptado.

En el caso de adopción solicitada por viuda y ésta pretenda que el adoptado lleve su apellido de casada, los ascendientes y descendientes del marido fallecido que fueren capaces para la fecha de la solicitud, pueden oponerse, pero sólo a que el adoptado lleve el apellido de casada de la adoptante. Es, pues, una oposición restringida.

• *Oportunidad de la oposición a la adopción*. La oposición a la adopción debe formularse en el lapso de diez audiencias que debe abrir el Juez, a partir de las notificaciones señaladas en el artículo 26 de la Ley de Adopción (al Representante del Ministerio Público y a los ascendientes y descendientes del cónyuge fallecido de la adoptante, cuando ésta pretenda que la persona por adoptar lleve su apellido de casada).

• *Lapso probatorio de la oposición a la adopción*. En caso de haber oposición, el Juez abrirá un lapso probatorio de diez audiencias, lapso que puede prorrogarse hasta por diez audiencias más, si el magistrado lo creyere conveniente. Durante este lapso, que es común para promover y evacuar pruebas, quien hubiere formulado oposición a la adopción, comprobará los hechos alegados y que constituyen su fundamento, utilizando a tal efecto los medios de prueba previstos en el Código Civil (último aparte del artículo 27 de la Ley de Adopción).

• *Efectos de la oposición a la adopción*. En relación con los efectos de la oposición, es menester distinguir en atención a la causa en que se hubiere fundamentado. En efecto:

– Si se ha formulado oposición a la adopción plena por causa del interés del adoptado, puede ocurrir que se siga el procedimiento como de adopción simple. En efecto, de acuerdo a lo previsto en la nueva Ley de Adopción, la adopción simple sólo podrá acordarse, excepcionalmente, cuando ha habido oposición a la adopción plena fundamentada en el interés del adoptado y cuando todas las personas

cuyos consentimientos son necesarios para la adopción, consultados a tal efecto por el Juez que conozca del procedimiento, estén conformes en que se siga la tramitación como de adopción simple o, cuando no estándolo, la autoridad judicial, previa opinión del Representante del Ministerio Público, así lo decida.

— Si la oposición se fundamenta en el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos por la ley, comprobada tal circunstancia en el lapso probatorio de la oposición, el Juez negará la adopción.[112]

e') *Decreto de adopción.* El punto culminante del procedimiento de adopción es el momento correspondiente al decreto de adopción o a su negativa.

• *Oportunidad del decreto de adopción.* El artículo 29 de la Ley de Adopción dispone:

> «Vencido el lapso previsto en el artículo 27, el Juez decidirá, dentro de las cinco audiencias siguientes, sobre la procedencia de la adopción solicitada».
>
> «En caso de que el Tribunal hubiere requerido algún documento faltante y éste no le fuere presentado, decidirá sobre la adopción si estima suficientes los demás requisitos.
>
> «En caso contrario, requerirá nuevamente al organismo competente, bajo apercibimiento de multa entre mil y diez mil bolívares, la remisión de los documentos solicitados.
>
> «Recibidos éstos, el Juez decidirá sobre la adopción, dentro de las cinco audiencias siguientes».

Como consecuencia de lo establecido en la disposición preinserta, pueden presentarse distintas situaciones en relación con la oportunidad del decreto de adopción. Ellas son:

— Que no haya habido oposición y que los documentos exigidos por la ley estén completos. El Juez debe decidir sobre la procedencia de la adopción dentro de las cinco audiencias —ahora días despacho— siguientes al vencimiento del lapso previsto en el artículo 27 de la Ley de Adopción. Es necesario advertir que el preindicado artículo prevé dos lapsos pero, como quiera que el segundo es un lapso probatorio en caso de oposición, si no la ha habido, no hay lugar a su apertura.

— Que no haya habido oposición, pero que los documentos exigidos por la ley no estén completos por no haber recibido el Juez el documento faltante del organismo competente a quien lo requirió.

[112] *Vid.* arts. 499 y 500 LOPNA.

En este caso pueden ocurrir dos cosas: Una, que el Juez considere que los requisitos cumplidos son suficientes, caso en el cual debe decidir sobre la procedencia de la adopción dentro de las cinco audiencias siguientes al vencimiento del lapso previsto en el artículo 27 de la ley. Otra, puede suceder que la autoridad judicial considere que no son suficientes los documentos reunidos durante el procedimiento; si así fuere, requerirá nuevamente al organismo competente para que le envíe el documento faltante y decidirá sobre la procedencia de la adopción dentro de las cinco audiencias siguientes al día en que reciba el o los documentos faltantes.

— Que haya habido oposición a la adopción. En este caso, el Juez decidirá dentro de las cinco audiencias siguientes al vencimiento del lapso probatorio abierto con ocasión de la oposición.

- *Procedencia o improcedencia del decreto de adopción*. Conforme a la Ley sobre Adopción de 1972 recientemente derogada, a los efectos de decidir sobre la adopción solicitada, el Juez debía «tomar primordialmente en cuenta el interés del menor» (art. 36 L.S.A.). La doctrina, en nuestro criterio acertadamente, consideró que la precitada norma debía extenderse a todo caso de incapacidad del sujeto pasivo, aunque no se tratare de minoridad (interdicción, inhabilitación).

En consecuencia, la situación variaba de acuerdo a que se tratara de adopción de personas capaces o de incapaces. Si el adoptado era plenamente capaz, nadie mejor que él mismo para decidir acerca de la conveniencia de la adopción. En tal caso, el Juez debía limitarse a constatar si la adopción se ajustaba o no a derecho, para decretarla o negarla.

Pero, si el adoptado era menor o incapaz, el Tribunal debía proceder primero a verificar si estaban o no satisfechos los requisitos previstos en la ley. Si no lo estaban, debía negar la adopción. Si lo estaban, el Juez no podía decretar la adopción sin establecer previamente que no existían en autos elementos que lo obligaran a considerar la adopción inconveniente para el incapaz.

En la Ley de Adopción vigente ha desaparecido la norma contenida en el artículo 36 L.S.A., por lo que parece que la intención del legislador fue eliminar la facultad que, en materia de adopción de incapaces, confería al Juez la referida disposición.

Tal parece que, en todo caso, sea el adoptado plenamente capaz o incapaz, la autoridad judicial competente debe limitarse a establecer si se han satisfecho o no los requisitos previstos en la ley y a decretar la adopción en el primer caso y negarla en el segundo.

Existe, sin embargo, una situación en la cual el Juez va a decidir, en materia de adopción, tomando en consideración la conveniencia del adoptado (capaz o incapaz). Ciertamente, en caso de oposición a la adopción plena fundamentada en el interés del adoptado, el Juez consultará a todas las personas cuyo consentimiento se requiere para la adopción, si convienen en que la tramitación continúe como de adopción simple. En caso afirmativo, así se hará. Pero, si alguna de dichas personas manifiesta su disconformidad, será el Juez quien, oída la opinión del Representante del Ministerio Público, decida lo que en su criterio, sea más conveniente para el adoptado.

• *Contenido del decreto de adopción*. El decreto de adopción o su negativa son decisiones judiciales y, como tales, deben nombrar a los sujetos del acto y han de ser razonados (art. 162 C.P.C.).

En caso de que la decisión de la autoridad judicial sea favorable, el decreto de adopción expresará:

— Si la adopción es plena o simple; individual o conjunta.

— Indicará el apellido que el adoptado llevará en lo sucesivo.

— Si fuere el caso, señalará el nuevo nombre del adoptado.

— La orden de inscripción de la adopción en el Registro del estado civil.[113]

f') *Recursos legales contra el decreto de adopción o contra la decisión que la niegue.*

Del decreto que acuerde la adopción o de su negativa se oirá apelación libremente (art. 32 de la Ley de Adopción).

Durante la vigencia de la Ley sobre Adopción del 72, sólo se oía apelación libremente del pronunciamiento judicial que negara la adopción. El decreto de adopción debía consultarse con el Tribunal Superior si alguna de las opiniones facultativas consultadas por el Juez había sido desfavorable. Contra el decreto de adopción cabía apelación, pero sólo podían interponer el recurso el representante del Ministerio Público, cuando no se hubieren tomado en cuenta o se hubieren desechado sus observaciones y las personas que siendo consultadas de acuerdo a lo previsto en el art. 23 de aquella ley (relativo a las opiniones facultativas), habían emitido opinión desfavorable a la adopción.

En ciertos casos puede apelarse del decreto de adopción, pero no en lo relativo a la procedencia de la adopción, sino en lo referente a las indicaciones de aquél relativas al apellido y al nombre propio que habrá de llevar en lo sucesivo el adoptado.

[113] *Vid.* arts. 504 y 505 LOPNA.

Esta apelación restringida procede en dos casos:

- Cuando se trata de adopción por mujer viuda y el decreto respectivo expresa que el adoptado habrá de llevar el apellido del cónyuge difunto de la adoptante. En este caso, puede apelar de ese pronunciamiento, cualquiera de los descendientes y ascendientes del cónyuge difunto de la mujer adoptante que hubieren manifestado su oposición, de acuerdo a lo previsto en la ley (art. 33 de la Ley de Adopción).
- Si el decreto de adopción indica cambio en el nombre del adoptado, sin haberse satisfecho los extremos de ley, pueden apelar el adoptado, si fuere capaz o, en caso contrario, cualquiera de las personas a quienes les corresponda la representación, la asistencia o la guarda del adoptado (art. 34 de la Ley de Adopción).

El Tribunal Superior, cuando reciba el expediente, podrá abrir un lapso probatorio de diez audiencias para promover y evacuar las pruebas pertinentes en Segunda Instancia.

La decisión del Tribunal Superior debe producirse dentro de las cinco audiencias siguientes a la fecha de recepción del expediente o al vencimiento del lapso probatorio, para el caso de que éste hubiere sido abierto (art. 36 de la Ley de Adopción).[114]

- *Recurso de Casación*

Los decretos que acuerden o nieguen la adopción tienen recurso de Casación (art. 37 de la Ley de Adopción).

El recurso procede, pero sólo en los casos de infracción de la ley o por quebrantamiento de forma en que incurra el decreto de adopción o la decisión que niegue la solicitud correspondiente.[115]

b) *Inscripción del decreto de adopción*. Como quiera que la adopción produce importantes efectos jurídicos que no sólo interesan a las partes, sino también a terceros y a la sociedad, el legislador ha considerado conveniente imponer un sistema de publicidad de la adopción mediante su inscripción en el Registro Civil. Las normas que rigen dicha inscripción son diferentes según se trate de adopción plena o simple. Por eso las estudiaremos por separado y anotaremos al final las que son comunes a la inscripción de ambas especies de adopción.

---

[114] *Vid.* arts. 506, 507 y 508 LOPNA.

[115] *Vid.* art. 509 LOPNA.

• *Inscripción de la adopción plena*

En caso de adopción plena, debe levantarse nueva partida de nacimiento al adoptado. A tal efecto, el Juez, decretada la adopción, enviará copia certificada del respectivo decreto definitivo y firme, al funcionario del Registro del Estado Civil (Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio) del domicilio o residencia del adoptante (art. 39 de la Ley de Adopción).

El texto de la nueva partida de nacimiento del adoptado en adopción plena será el ordinariamente utilizado, es decir, el mismo que se emplea generalmente en ese tipo de actas y, por consiguiente, no puede hacerse mención en ella del procedimiento de adopción, ni de los vínculos del adoptado con sus padres consanguíneos (primer aparte del art. 39 de la Ley de Adopción). El funcionario del Registro Civil, en caso de adopción plena, no inscribe el decreto de adopción, sino que ha de levantar una nueva acta de nacimiento al adoptado, firmarla y hacerla firmar, de conformidad con las disposiciones que al respecto establece el Código Civil.

Además, al margen de la partida original de nacimiento del adoptado en adopción plena, se anotarán únicamente las palabras «Adopción plena» (último aparte del art. 39 de la Ley de Adopción).

Con tal fin, el Juez que decrete la adopción enviará copia certificada del respectivo decreto, al Registro del Estado Civil donde se encuentra la partida original del adoptado, a fin de que se estampe la correspondiente nota marginal (segundo aparte del art. 39 de la Ley de Adopción). La mencionada copia certificada será enviada, en consecuencia, a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o del Municipio donde se encuentra el Libro original que contiene la partida de nacimiento primitiva del adoptado y al Registrador Principal a cargo de los archivos donde se encuentra el Libro duplicado contentivo de la partida de nacimiento del adoptado.

El acta de nacimiento primitiva del adoptado en adopción plena quedará privada de todo efecto legal mientras subsista la adopción, salvo para comprobar la existencia de los impedimentos matrimoniales entre aquél y miembros de su familia de origen, de conformidad con lo previsto en el ordinal 2° del artículo 56 de la Ley de Adopción (último ap. del art. 39 L.D.A.).

• *Inscripción de la adopción simple*

En caso de adopción simple no se levanta nueva acta de nacimiento al adoptado, pero ha de inscribirse en el Registro del Estado Civil, copia certificada del decreto de adopción simple.

A tal efecto, el Juez expedirá copia certificada del decreto de adopción y la remitirá al funcionario del Registro Civil (Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio) del domicilio o de la residencia del adoptante,

para su inserción en los libros correspondientes. Tal inserción se hace en el Libro de Nacimientos que lleva la preindicada Autoridad.

Debe dejarse, además, constancia del decreto de adopción simple al margen del acta de nacimiento del adoptado, para lo cual el Juez remitirá copia certificada del respectivo decreto a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio, en cuyo archivo se encuentra el Libro original contentivo del acta de nacimiento del adoptado y al Registrador Principal en cuyo archivo está el Libro Duplicado que contiene también el acta de nacimiento del adoptado.

Por deficiente redacción del aparte único del art. 40 de la Ley de Adopción, puede presentarse confusión. En efecto, el mencionado aparte dispone:

> «Asimismo remitirá otra copia al Registro del Estado Civil donde se encuentra la *partida original* de nacimiento del adoptado, a fin de que se estampe la correspondiente nota marginal». (El destacado es nuestro).

Al referirse el legislador a «la partida original» del adoptado parecería que al adoptado en adopción simple también debe levantársele nueva acta de nacimiento con motivo de la adopción, lo que no es cierto.[116]

• *Normas comunes relativas a la inscripción de la adopción plena y de la simple*

— Si el adoptado fuere casado o tuviere hijos, el Juez ordenará al funcionario competente del Registro del Estado Civil que deje constancia de la adopción al margen de las correspondientes partidas de matrimonio o de nacimiento, según sea el caso (art. 41 de la Ley de Adopción).

Esta exigencia de la ley tiene por objeto evitar las confusiones que podrían presentarse, respecto de los hijos del adoptado o en relación a la prueba de su matrimonio mediante la copia certificada del acta matrimonial, si no se deja constancia en las correspondientes actas, de la adopción decretada, ya que ésta implica cambios en el apellido del adoptado y, en ciertos casos, puede determinar también modificación en su nombre propio.

Por tal razón, el Juez que haya conocido del procedimiento de adopción en primera instancia debe, en caso de que el adoptado fuere casado, ordenar a todos los funcionarios en cuyos archivos debe encontrarse el acta matrimonial del adoptado, que dejen constancia de la adopción al margen de dicha acta. Si el adoptado tuviere hijos, el referido Juez ordenará, tanto a cada una de las Primeras Autoridades Civiles en cuyos archivos se encuentre el Libro original donde esté inserta el acta de nacimiento de alguno

---

116 *Vid.* arts. 432, 433, 434, 435 y 436 LOPNA.

de los hijos del adoptado, como a los Registradores Principales en cuyos archivos esté el duplicado del Libro de Nacimientos en los cuales se encuentren tales actas, dejar constancia de la adopción al margen de las mismas.

— Cuando el adoptado es un entredicho, un inhabilitado o un menor emancipado, si su tutela o curatela corresponde al adoptante, se presentará, a los fines de la protocolización, copia certificada del decreto de adopción, con el correspondiente auto de ejecución, en la Oficina Subalterna de Registro con jurisdicción en el domicilio que tenía el adoptado para la fecha cuando se abrió su tutela o curatela. Tal inscripción hará las veces de discernimiento del cargo de tutor o de curador que habrá de ejercer el adoptante (art. 42 de la Ley de Adopción).

Esta disposición constituye una adaptación de la regla general sobre el registro del discernimiento del cargo de tutor o curador, establecida en el art. 413 del Código Civil, al caso especial de la adopción.

— Los funcionarios del Registro del Estado Civil darán cuenta de la inscripción de los decretos de adopción, de conversión o de nulidad de la adopción, al Tribunal respectivo (art. 44 de la Ley de Adopción).

c) *Pase o exequatur de la adopción pronunciada en el extranjero*. La adopción pronunciada en el extranjero no surte efectos en Venezuela sino cuando ha recibido el pase o *exequatur* de la correspondiente autoridad judicial venezolana. En efecto, el artículo 43 de la Ley de Adopción preceptúa:

> «La sentencia o el decreto de la adopción pronunciada en el extranjero, debe recibir el pase *exequatur* de la correspondiente autoridad judicial venezolana, en la forma prevista en el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, para que surta efectos en el país».

El artículo 754 del C.P.C. de 1916, al cual remite el artículo 43 de la Ley de Adopción, fue sustituido por el artículo 856 del C.P.C. vigente (1986).

• *Autoridad judicial competente*. El artículo 43 de la Ley de Adopción remite al 856 del C.P.C., conforme con el cual, el pase de los actos o sentencias de las autoridades extranjeras en materia de adopción, lo decretará el Tribunal Superior del lugar donde hayan de hacerse valer.

En consecuencia, si se trata de adopción de un menor, el pase o *exequatur* debe decretarlo el Juez Superior de Menores del domicilio o de la residencia del adoptante en Venezuela y si no tiene ni uno ni otra en el país, del lugar donde haya de hacerse valer la adopción. En cualquier otro caso, la autoridad judicial competente será el Juez Superior en lo Civil, con jurisdicción en materias de Familia del domicilio o de la residencia del adoptante en Venezuela y, si no tiene ni uno ni otra en el país, el del lugar donde interesa hacer valer la adopción (artículo 856 C.P.C. en concordancia con el último aparte del artículo 22 de la Ley de Adopción).

• *Inscripción de la adopción pronunciada en el extranjero una vez que ha recibido el pase o exequatur*

Una vez que la sentencia o el decreto extranjero de adopción ha recibido el pase o *exequatur* de la autoridad judicial venezolana, el Tribunal debe dar cumplimiento a las exigencias del artículo 39 o a las del artículo 40, según se trate de adopción plena o simple (requisitos exigidos en relación con la inscripción de la adopción en el Registro Civil), siempre que el adoptante o el adoptado fuere venezolano o que, siendo ambos extranjeros, alguno de ellos tuviese su domicilio o residencia en el país (art. 43 de la Ley de Adopción, aparte único).

En atención a lo expuesto, si la adopción es plena, debe procederse a la inscripción de nueva partida de nacimiento. A este respecto resulta interesante la acotación que hace Arturo Luis Torres Rivero en el sentido de que, en su opinión, ésta es la solución cuando la adopción plena o equivalente extranjera proviene de un país que consagra el *sistema francés*, en el cual mantiene su vigor la verdadera acta de nacimiento del adoptado, pero no cabe lo mismo cuando la adopción plena o equivalente extranjera es de un país que acoge —como Venezuela— el *sistema uruguayo*, pues en este caso la nueva acta de nacimiento es elaborada en el país de que se trate, y de la cual copia certificada legalizada habrá de insertarse en el Registro Civil de acá, una vez obtenido el *exequatur*.[117]

3. *Efectos de la adopción*

La adopción produce efectos jurídicos. Es un acto constitutivo de estado. En efecto, la adopción plena es fuente del estado de hijo; la simple lo es de un estado familiar especial: el estado familiar de adopción.

Como quiera que la adopción es un acto constitutivo de estado, sus efectos se producen a partir de su perfeccionamiento.

La Ley de Adopción vigente establece claramente el día desde el cual produce sus efectos la adopción. En su artículo 38 prevé:

> «El decreto que acuerde o niegue la adopción, una vez firme, surte efectos desde su fecha, pero no es oponible a terceros sino una vez efectuada la inscripción indicada en el artículo siguiente».[118]

Los efectos de la adopción se producen desde la fecha del respectivo decreto, pero sólo cuando éste ha quedado firme.

---

[117] Cfr. Arturo Luis Torres Rivero, *La Adopción*, pág. 47.

[118] *Vid.* art. 510 LOPNA.

El decreto de adopción dictado por el Juez de Primera Instancia queda firme cuando expira el término útil para ejercer el recurso de apelación sin que se lo haya interpuesto. Si hubiere sido interpuesta oportunamente la apelación, la adopción produce efectos desde la fecha del decreto confirmatorio del Juez Superior, siempre que éste quede firme, lo que ocurre si no se anuncia oportunamente el recurso de casación, si hubiere sido anunciado oportunamente, pero luego perece o si el referido recurso es declarado sin lugar.

El decreto de adopción firme no es oponible a terceros sino una vez que ha sido efectuada la inscripción de la adopción en el Registro Civil.

Conforme a la ley, la adopción es plena o simple de acuerdo a los efectos que produce. En consecuencia, aunque existen algunos comunes a ambas especies de adopción, también cada una de ellas tiene sus efectos propios.

• *Efectos comunes a la adopción plena y a la simple*

Son los relativos al apellido del adoptado, al nombre del mismo y a la titularidad de las potestades familiares sobre el adoptado.

— *Apellido del adoptado*

El adoptado llevará el apellido del adoptante. Es menester distinguir según se trate de adopción individual o conjunta.

Adopción conjunta. En caso de adopción conjunta —recuérdese que este tipo de adopción sólo pueden efectuarla los esposos no separados legalmente de cuerpos— el adoptado tomará, a continuación del apellido del varón adoptante, el apellido de soltera de la mujer adoptante (art. 51 de la Ley de Adopción). La misma regla se aplica en caso de adopción por uno de los cónyuges, de la persona previamente adoptada por el otro cónyuge (aparte único del art. 51 de la Ley de Adopción).

Adopción individual. Si se trata de adopción individual, el adoptado tiene derecho a llevar los apellidos del adoptante. Si éste tiene un solo apellido, el adoptado tendrá derecho a repetirlo (aparte único del art. 51 de la Ley de Adopción).

El adoptado por mujer viuda llevará el apellido de soltera de la adoptante, salvo que los descendientes y ascendientes del marido fallecido que fueren capaces para la fecha de la solicitud de adopción, no se opongan a que el adoptado lleve el apellido de casada de la adoptante (art. 52 de la Ley de Adopción). Consideramos conveniente advertir que, conforme a la Ley sobre Adopción del 72, para que el adoptado por mujer viuda pudiera llevar su apellido de casada, se requería que los descendientes y ascendientes del marido fallecido, capaces para la fecha de la solicitud, dieran su

consentimiento; de acuerdo a la Ley de Adopción vigente, basta con que no se opongan.[119]

• *Nombre propio del adoptado*

El nombre propio del adoptado puede modificarse a solicitud del adoptante, pero sólo si el adoptado es soltero y menor de edad para la fecha de la solicitud de la adopción.

Para el cambio del nombre propio del adoptado es necesario su consentimiento si es mayor de doce años y no se encuentra en imposibilidad permanente de prestarlo (art. 53 de la Ley de Adopción).[120]

• *Titularidad de las potestades familiares sobre el adoptado*

Aunque las normas relativas a la regulación de la titularidad de las potestades familiares (patria potestad, tutela y curatela) sobre el adoptado no están incluidas en la Sección Primera del Capítulo IV de la Ley de Adopción que trata «De los efectos comunes de la adopción plena y de la simple», resulta serlo; por eso incluimos su estudio en este punto.

La Ley sobre Adopción del 72, determinaba en forma detallada el régimen de la patria potestad, tutela o curatela a que quedaba sometido el adoptado menor de edad, entredicho o inhabilitado.

La Ley de Adopción vigente no lo hace en la misma forma. Sin embargo, en su artículo 57, dispone:

> «Los efectos de la adopción plena, en cuanto se refiere a las relaciones del adoptante y los miembros de su familia con el adoptado y su descendencia futura, en materia de impedimentos matrimoniales, domicilio, alimentos, sucesión por causa de muerte y demás efectos jurídicos del parentesco, son las que resultan de la vinculación familiar expresada en los artículos precedentes».

Uno de los efectos jurídicos del parentesco es, precisamente, la titularidad de las potestades familiares. Luego, en caso de adopción plena, la patria potestad sobre el adoptado la ejercerán el padre y la madre adoptantes, conjuntamente. Si se trata de adopción plena e individual, el adoptante.

Si el adoptado es entredicho y la adopción fue hecha conjuntamente por marido y mujer no separados de cuerpos legalmente, a falta de cónyuge, o cuando éste se halle impedido, el padre y la madre adoptantes acordarán, con aprobación del Juez, cuál de ellos ejercerá la tutela del entredicho (art. 398 del Código Civil).

---

[119] *Vid.* art. 431 LOPNA.

[120] *Vid.* art. 431 LOPNA.

Si el adoptado es inhabilitado para realizar cualquier acto que exceda de la simple administración, requerirá la asistencia de un curador que nombrará el Juez de Primera Instancia en lo Civil, de la misma manera que da tutor a los menores (artículo 409 C.C.).

Si el adoptado es menor emancipado —recordemos que, conforme al Código Civil vigente, hay un solo tipo de emancipación: la que resulta de la celebración del matrimonio— para estar en juicio y para las actos de jurisdicción voluntaria, el emancipado deberá estar asistido por uno de los progenitores que ejercía la patria potestad y, a falta de ellos, por un curador especial que el mismo menor nombrará con la aprobación del Juez (art. 383 C.C.).

La nueva Ley de Adopción no establece, de manera expresa, el régimen de la titularidad de las potestades familiares sobre el adoptado, en caso de adopción simple, como sí lo hacía la derogada Ley sobre Adopción de 1972, la cual, en su artículo 56, establecía, en forma minuciosa, la regulación de la titularidad de la patria potestad, de la tutela o de la curatela sobre el adoptado —en adopción simple o plena— menor de edad, entredicho, inhabilitado o emancipado.

Sin embargo, conforme al inciso 2) del artículo 46 de la Ley de Adopción vigente, la conversión de la adopción simple en plena requiere el consentimiento del padre y de la madre consanguíneos del adoptado que fuere aún menor de edad, entredicho o inhabilitado, a quienes, de no mediar la adopción, correspondería el ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la curatela del adoptado. Luego, es lógico concluir que, en caso de adopción simple, él o los adoptantes —según que la adopción sea individual o conjunta— ejercerán las potestades familiares sobre el adoptado, de la misma manera en que las ejercen cuando la adopción es plena; la misma deducción puede hacerse partiendo del art. 74 L.D.A y de otras disposiciones del mismo instrumento legal. El único problema, en esta materia, es el que podría presentarse en relación con el adoptado emancipado, como quiera que, de conformidad con el artículo 383 C.C., para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria, deberá estar asistido por uno de los progenitores que ejercía la patria potestad y, en realidad, ésos —progenitores que ejercían la patria potestad— no existen en relación con el adoptado, puesto que, quienes ejercían sobre él la patria potestad —él o los adoptantes— no son sus progenitores, que progenitor es el ascendiente y, más estrictamente, el padre y la madre de una persona y sus progenitores —padre y madre de sangre— no ejercían sobre el adoptado emancipado la patria potestad. Pensamos que esta duda debe resolverse en favor de uno de los adoptantes, tomando en consideración que es el ejercicio de la patria potestad con anterioridad a la emancipación del adoptado, la que justifica que una de las personas que

la han ejercido en esa época, padre o madre —de sangre o por adopción— asistan al menor una vez emancipado.[121]

- *Efectos propios de la adopción plena*

La adopción plena le confiere al adoptado la condición de hijo (art. 54 de la Ley de Adopción).

La Ley sobre Adopción del 72 preceptuaba:

> «La adopción plena confiere al adoptado condición idéntica a la de un hijo legítimo del adoptante o adoptantes».

Esta disposición se explicaba durante la vigencia del Código Civil del 42, el cual establecía diferencias entre los hijos llamados legítimos y los naturales con relación al padre y a los consanguíneos de éste. El Código Civil vigente ha borrado tales diferencias. Conforme a su artículo 234, comprobada la filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio, con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos. Así la situación, resultaba incoherente la disposición contenida en el artículo 57 de la derogada Ley sobre Adopción. De allí que la nueva Ley de Adopción establezca que la adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo.

— La adopción plena crea parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante; entre el adoptante y el cónyuge y descendencia futura del adoptado; entre los miembros de la familia del adoptante y el cónyuge y descendencia futura del adoptado (Encabezamiento y primer aparte del art. 55, L.D.A.).

— La adopción plena no crea parentesco entre el adoptante y los miembros de la familia de origen del adoptado (art. 55, último aparte, de la Ley de Adopción).

— La adopción plena extingue el parentesco del adoptado con los miembros de su familia de origen, salvo en los casos siguientes:

1) El adoptado que sea hijo del cónyuge del adoptante conserva el respectivo vínculo con dicho cónyuge.

2) La adopción no extingue los impedimentos matrimoniales que existen entre el adoptado y su familia de origen (artículo 56 de la Ley de Adopción).

[121] *Vid.* arts. 347 a 364 LOPNA.

— Los efectos de la adopción plena, en cuanto se refiere a las relaciones del adoptante y los miembros de su familia con el adoptado y su descendencia futura, en materia de impedimentos matrimoniales, domicilio, alimentos, sucesión por causa de muerte y demás efectos jurídicos del parentesco, son los que resultan de la vinculación familiar determinada por la adopción plena. Recordemos que la adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y que crea parentesco entre las personas señaladas anteriormente. Pues bien, en caso de adopción plena, se producen todos los efectos jurídicos derivados de la vinculación familiar generada por aquélla.

— *Nacionalidad del adoptado en adopción plena*

De conformidad con el ordinal 3º del art. 37 de la Constitución Nacional de 1961, son venezolanos desde que manifiesten su voluntad de serlo, los extranjeros menores de edad adoptados por venezolanos, si residen en el territorio de la República y hacen la declaración antes de cumplir veinticinco años de edad. Ahora bien, la Constitución fue promulgada en 1961; para tal fecha, la adopción en nuestro país era regulada por el Código Civil y por el Estatuto de Menores. Por esto, resulta lógico deducir, como lo hace el destacado jurista venezolano Francisco López Herrera, que la expresada norma constitucional únicamente se refiere a la adopción que existía en el país para la época de su promulgación. Como quiera que los efectos esenciales de la adopción que regulaban el Código Civil y el Estatuto de Menores son similares a los de la adopción simple de la Ley de Adopción, el ordinal 3º del artículo 37 de la Constitución Nacional sigue siendo aplicable a esta especie de adopción, a la simple, mas no en caso de adopción plena.

Además, tomando en consideración que la adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo (art. 54 L.D.A.) y que produce todos los efectos jurídicos que derivan de esa condición, es necesario concluir que también en materia de nacionalidad debe tenerse al adoptado como hijo del adoptante. En tal virtud, serán venezolanos por nacimiento:

1) Los nacidos en territorio extranjero adoptados en adopción plena y conjunta por venezolanos por nacimiento (ord. 2º del art. 35 de la Constitución Nacional).

2) Los nacidos en territorio extranjero adoptados en adopción plena e individual por venezolano por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en Venezuela o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana (por aplicación del ord. 3º del art. 35 de la Constitución Nacional).

3) Los nacidos en territorio extranjero adoptados en adopción plena y conjunta por cónyuges uno de los cuales sea venezolano por

nacimiento, siempre que establezcan su residencia en la República o manifiesten su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana (por aplicación del ord. 3º del art. 35 de la Constitución Nacional.

4) Los nacidos en territorio extranjero adoptados en adopción plena e individual por venezolano por naturalización, siempre que antes de los dieciocho años establezcan su residencia en Venezuela y antes de los veinticinco años declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana (por aplicación del ord. 4° del art. 35 de la Constitución Nacional).

5) Los nacidos en territorio extranjero adoptados en adopción plena y conjunta por cónyuges, de los cuales uno sea venezolano por naturalización, si antes de cumplir dieciocho años establecen su residencia en Venezuela y antes de cumplir veinticinco años declaran su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana (por aplicación del ord. 4º del art. 35 de la Constitución Nacional).[122]

- *Efectos propios de la adopción simple*[123]

La adopción simple crea un estado familiar peculiar, de carácter estrictamente civil, entre adoptado y adoptante. De él derivan efectos personales y patrimoniales.

— *Efectos personales*

Vínculo familiar derivado de la adopción simple. La adopción simple sólo produce un vínculo civil de naturaleza especial entre adoptado y adoptante. No lo crea entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante; ni tampoco entre el adoptante y el cónyuge y los miembros de la familia de origen del adoptado, salvo lo establecido en el Título IV, Libro I del Código Civil, sobre impedimentos matrimoniales (art. 58 de la Ley de Adopción).

Recordemos que el artículo 54 C.C. establece impedimento matrimonial entre adoptante y adoptado, entre el adoptante y los descendientes del adoptado; entre el adoptante y el cónyuge del adoptado y entre el adoptado y el cónyuge del adoptante. Recordemos también que este impedimento tiene aplicación sólo en relación con la adopción simple, puesto que, en caso de adopción plena, como quiera que ésta crea parentesco, surgen entre las personas vinculadas por él, los impedimentos de consanguinidad o de afinidad, según el caso.

---

[122] Cfr. F. López Herrera, *El Régimen Legal de la Adopción en Venezuela,* págs. 250 y 251.

[123] *Vid.* art. 407 LOPNA.

Vínculo familiar del adoptado en adopción simple con su familia de origen. La adopción simple no rompe los vínculos del adoptado con su familia de origen.

El adoptado en adopción simple conserva todos sus vínculos, deberes y derechos, respecto de los miembros de su familia de origen, además de los que adquiere con el adoptante (art. 59 de la Ley de Adopción).

Nacionalidad del adoptado en adopción simple. De conformidad con el ord. 3º del art. 37 de la Constitución Nacional de 1961, son venezolanos por naturalización desde que declaren su voluntad de serlo, los extranjeros menores de edad adoptados por venezolanos, si residen en el territorio de la República y hacen la declaración antes de cumplir veinticinco años.

En consecuencia, la adopción simple de un extranjero por un venezolano no determina efecto directo sobre la nacionalidad del adoptado. Pero si éste es menor de edad para la fecha del perfeccionamiento de la adopción, puede adquirir la nacionalidad venezolana, si reside en el país y declara, antes de cumplir veinticinco años, con las formalidades de ley, su voluntad de adquirir la nacionalidad venezolana.

— *Efectos patrimoniales*

Deber-derecho de alimentos. El adoptante en adopción simple y el adoptado se deben recíprocamente alimentos, de acuerdo con las previsiones del Título VII, Libro U del Código Civil (art. 60 de la Ley de Adopción).

En caso de adopción simple, los deberes y las obligaciones alimentarios de los padres y de los hijos recaen sobre el adoptante o adoptantes y el adoptado, recíprocamente; pero las de éste sólo se extienden a sus ascendientes (art. 287 C.C.).

El deber-derecho de alimentos, en caso de adopción simple, se limita al adoptante y al adoptado. Éste debe socorrer y ser socorrido como un hijo y aquél debe socorrer y ser socorrido como padre.

La redacción del artículo 287 del C.C. es poco feliz, porque como dispone que las obligaciones alimentarias del adoptado en adopción simple sólo se extienden a sus ascendientes, parecería que las del adoptante en adopción simple se extienden a otras personas diferentes al adoptado, pero vinculadas a él, lo que no es cierto.

— *Vocación hereditaria*

Del adoptado. El artículo 61 de la nueva Ley de Adopción preceptúa:

> «El adoptado en adopción simple tiene, en la herencia del adoptante, los mismos derechos de cualquier hijo».

Esta disposición armoniza con la contenida en el artículo 829 C.C., según la cual los hijos adoptivos en adopción simple tienen, en la herencia del adoptante o adoptantes, los mismos derechos que los otros hijos.

De conformidad con la derogada Ley sobre Adopción del 72, en cambio, el adoptado en adopción simple tenía, en la herencia del adoptante, varón o mujer, derechos equivalentes a los que se reconocían al hijo natural respecto de su padre en el Título II, Libro III del Código Civil del 42, que era el vigente para la época de la promulgación de aquélla. Como quiera que, de acuerdo al Código Civil del 42, el hijo natural heredaba, en la sucesión *ab intestato* de su padre, una cuota igual a la mitad de la que correspondía al hijo legítimo, el adoptado en adopción simple, durante la vigencia de la L.S.A. (1972), heredaba en la sucesión intestada del adoptante (varón o mujer) la mitad de lo que heredaban los hijos legítimos y los adoptados en adopción plena.

A partir de la promulgación de la Reforma Parcial del Código Civil de 1982, los hijos adoptivos en adopción simple tienen en la herencia del adoptante o adoptantes los mismos derechos que los otros hijos. El preinserto artículo 61 de la Ley de Adopción ratifica tal disposición.

Del adoptante. El adoptante en adopción simple tiene en la herencia del adoptado derechos equivalentes a los que se reconocen a los ascendientes del causante, en el Título II, Libro III del Código Civil, pero sólo cuando el adoptado fallece sin dejar hijos o descendientes de éstos o padre o madre consanguíneos. (Art. 62 de la Ley de Adopción).

El adoptante es excluido, en la sucesión *ab intestato* del adoptado en adopción simple, por los descendientes de éste y también por su padre y madre de sangre.[124]

IV. Extinción de la adopción

El artículo 63 de la Ley de Adopción prevé:

> «La adopción plena es irrevocable y sólo se extingue por la anulación. La adopción simple se extingue por anulación o revocación».

En consecuencia, la adopción plena sólo deja de producir sus efectos cuando es declarada judicialmente nula. La adopción simple sí es revocable y, por tanto, deja de producir sus efectos cuando es declarada judicialmente su nulidad o su revocación. El momento a partir del cual deja de surtir efectos la adopción declarada judicialmente nula o revocada, lo estudiaremos más adelante, en su oportunidad. Pensamos que la irrevocabilidad de la adopción plena es consecuencia del propósito de la L.D.A., de asimilar los efectos de la adopción plena a los producidos por la filiación y el adoptado en adopción plena al hijo de sangre.

---

[124] *Vid.* art. 407 LOPNA.

Por la razón anotada, analizaremos en primer lugar la nulidad de la adopción (de la plena y de la simple) y luego la revocación como causa de extinción exclusiva de la adopción simple.

1. *Nulidad de la adopción.* La nulidad de la adopción es la sanción legal determinada por la violación de requisitos legales de fondo o de forma o de cualquier otro precepto de orden público, en la formación de la adopción.

La teoría general de la nulidad del negocio jurídico distingue dos especies de nulidad: Nulidad absoluta o propiamente dicha y nulidad relativa o anulación. Un negocio jurídico queda afectado de nulidad absoluta cuando en su perfeccionamiento se transgreden normas de orden público; en tanto que la nulidad relativa es la sanción determinada por la violación, en la formación del negocio jurídico, de disposiciones establecidas por el legislador, para proteger exclusivamente a una de las partes o a ambas.

En materia de adopción, todas las normas son de orden público, porque su finalidad es mantener y proteger el orden social, por lo que resulta inaplicable el criterio diferencial entre nulidad absoluta y relativa de la teoría general de las nulidades del negocio jurídico.

Durante la vigencia de la Ley sobre Adopción del 72, se podía establecer diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa con base al sometimiento o no de la acción a lapso de caducidad. En efecto, en algunos casos, la acción de nulidad no estaba sometida a lapso de caducidad; en otros, sí estaba sometida, lo que determinaba la posibilidad de convalidación tácita —por omisión en el ejercicio de la acción antes del vencimiento del término de caducidad— de la adopción.

La nueva Ley de Adopción ha hecho igualmente inaplicable este criterio diferencial ya que, en todo caso, la acción de nulidad está sometida a lapso de caducidad. (Art. 69 de la Ley de Adopción).

El artículo 67 de la Ley de Adopción dispone:

La adopción o la conversión de la simple en plena es nula:

1) Si se ha decretado con violación de disposiciones sobre capacidad, impedimentos o consentimientos, contenidas en el Capítulo III;

2) Si se ha decretado con infracción de las normas sobre período de prueba, contenidas en la Sección Tercera del Capítulo II, de ser procedentes;

3) Si se ha decretado con algún error en el consentimiento sobre la identidad del adoptado o del adoptante;

4) Si se ha decretado con violación de cualesquiera otras disposiciones de orden público.

Esta enumeración de las causales de nulidad de la adopción es enunciativa, no taxativa. Observemos que el inciso 4) se refiere a la adopción formalizada «con violación de cualesquiera otras disposiciones de orden público».

A. *Análisis de cada uno de los casos de nulidad de la adopción o de la conversión de la simple en plena*

a) *Incapacidad del adoptante.* Es nula la adopción decretada a pesar de la incapacidad del adoptante. Como quiera que la capacidad para adoptar está determinada por la capacidad de derecho común, por la edad mínima para adoptar y por la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, cuando se viola alguna disposición establecida por el legislador a este respecto, la adopción queda viciada de nulidad.

b) *Violación de impedimentos.* Cuando en la formación de la adopción se ha violado alguno de los impedimentos generales de la adopción (los que prohíben todo tipo de adopción) o alguno de los impedimentos propios o exclusivos de la adopción decretada, ésta queda viciada de nulidad.

c) *Ausencia de consentimientos necesarios.* Existen algunos consentimientos necesarios para la adopción. Los hemos estudiado al analizar sus requisitos de fondo. Pues bien, si la adopción es decretada a pesar de faltar alguno de tales consentimientos, queda afectada de nulidad.

d) *Infracción de las normas relativas al período de prueba, cuando es procedente.* Queda viciada de nulidad la adopción de un menor no emancipado, cuando es decretada sin haberse cumplido las disposiciones legales sobre el período de prueba.

e) *Vicio de los consentimientos por error sobre la identidad del adoptado o del adoptante.* Cuando algunos de los consentimientos necesarios para la adopción se dieron por error en la identidad del adoptado o del adoptante, la adopción queda viciada de nulidad.

f) *Violación de otras disposiciones de orden público.* Por ejemplo, la adopción decretada a término, bajo condición o submodo; la adopción decretada por Juez incompetente por razón de la materia o a pesar de haber fallecido el adoptante o el adoptado.

B. *Titularidad de la acción de nulidad de la adopción.* Si se ha decretado la adopción con vicio de alguno de los consentimientos necesarios por error en la identidad del adoptado o del adoptante, la acción de nulidad sólo podrá intentarla la persona cuyo consentimiento estuvo viciado, si viviere, o, en caso contrario, sus herederos, si el lapso útil para el

ejercicio de la acción no hubiere expirado aún. En los demás casos, sólo podrán intentar la acción de nulidad el Representante del Ministerio Público, el adoptado o su representante y quienes pueden hacer oposición a la adopción (además del Representante del Ministerio Público, las personas cuyo consentimiento es necesario para la adopción) (art. 68 de la Ley de Adopción).

C. *Caducidad de la acción de nulidad de la adopción.* La acción de nulidad de la adopción sólo puede interponerse dentro del término de un año contado a partir de la fecha de inscripción de la adopción en el Registro del Estado Civil prevista en la ley. Este lapso correrá para el adoptado, en caso de ser menor de edad, desde la fecha en que alcance la mayoridad (art. 69 de la Ley de Adopción).

D. *Juez competente en los procedimientos de nulidad de la adopción.* Los procesos judiciales relativos a la nulidad de la adopción se tramitarán ante el Juez de Menores o el Juez de Primera Instancia en lo Civil, con competencia en materia de Familia, según el caso, del domicilio o residencia de la parte demandada y con arreglo al juicio ordinario (Art. 64 de la Ley de Adopción).

E. *Inscripción en el Registro del Estado Civil de la sentencia de nulidad de la adopción.* Definitivamente firme la sentencia que declare la nulidad de la adopción, el Juez enviará copia certificada de la misma al funcionario del Registro del Estado Civil donde se efectuaron las inscripciones relativas a la adopción, a los efectos de la inserción en los libros correspondientes (art. 65 de la Ley de Adopción).

F. *Efectos de la nulidad de la adopción.* La sentencia que declara la nulidad de la adopción produce sus efectos desde la fecha del decreto de adopción (art. 71 de la Ley de Adopción). Recordemos que la adopción nula está viciada desde el momento de su perfeccionamiento y, por eso, la sentencia que declara su nulidad produce efectos desde que nació la apariencia de adopción, desde la fecha del decreto de adopción. De suerte que, declarada judicialmente la nulidad de la adopción, ésta ha de considerarse como si jamás se hubiera decretado.

Quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros antes de la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado Civil, en virtud de convenciones hechas de buena fe con el adoptante que ha actuado como representante legal o como asistente del adoptado (parte final del art. 71 de la Ley de Adopción).

a) *Inoponibilidad de la sentencia de nulidad de la adopción.* Las sentencias dictadas en los juicios sobre nulidad de la adopción, no pueden ser opuestas a terceros, sino después de ser verificada su inscripción en el Registro del Estado Civil (art. 66 de la Ley sobre Adopción).

G. Notas propias y características del procedimiento de nulidad de la adopción

a) *Personas contra quienes debe proponerse la demanda de nulidad de la adopción.* Cuando la acción la ejerce un tercero, la demanda debe proponerla contra el adoptante y el adoptado; si la acción la intenta uno de los sujetos de la adopción, el demandado ha de ser el otro sujeto de ella.

Esto se explica porque mediante la acción de nulidad de la adopción se pretende eliminar de la vida jurídica la adopción irregular, lo que afecta tanto al adoptante como al adoptado, por lo que todos ellos deben intervenir en el juicio.

b) *Publicidad previa.* La Ley de Adopción establece que la sentencia definitivamente firme que declare la nulidad de la adopción estará sujeta al juicio de la revisión contemplado en el ord. 2° del art. 507 C.C., para las sentencias declarativas de estado. La parte final del último aparte del mencionado artículo del Código Civil prevé que, siempre que se promueva una acción sobre la cual haya de recaer un fallo que pueda ser objeto del recurso de revisión establecido en el ord. 2º del mismo artículo, el Tribunal hará publicar un edicto en el cual, en forma resumida, se haga saber que determinada persona ha propuesto una acción relativa a filiación o al estado civil; y llamando a hacerse parte en el juicio a todo el que tenga interés directo y manifiesto en el asunto.

Tal edicto debe ser publicado cuando se interpone la acción de nulidad de la adopción.

c) *Publicación de la sentencia de nulidad de la adopción.* La sentencia que declara la nulidad de la adopción, además de ser inscrita en el Registro del Estado Civil, deberá publicarse. Se trata de la publicación en la prensa a que se refiere la primera parte del último aparte del art. 507 C.C.

d) *Recurso de revisión de la sentencia definitiva de nulidad de la adopción.* La sentencia definitiva firme que declare con lugar la nulidad de la adopción estará sujeta al juicio de revisión previsto en el ordinal 2° del artículo 507 del Código Civil (art. 70 de la Ley de Adopción).[125]

2. *Revocación de la adopción simple.* La adopción plena, conforme a la nueva Ley de Adopción, es irrevocable. Por lo tanto, la revocación es causa exclusiva de extinción de la adopción simple.

A. *Diferencias entre la nulidad y la revocación de la adopción.* Entre la nulidad y la revocación de la adopción simple existen fundamentales diferencias.

---

[125] *Vid.* arts. 438 a 422 LOPNA.

La adopción queda viciada de nulidad cuando se perfecciona con transgresión de los requisitos legales de fondo o de forma o de cualquier otro precepto de orden público. La causa de nulidad de la adopción existe para el momento en que ella se forma. La adopción, en caso de nulidad, nació irregular. La adopción, en cambio, es revocable cuando el adoptante o el adoptado incurren en violación grave de las obligaciones derivadas del vínculo familiar producido por la adopción o cuando se producen hechos que, aunque no pueden cargársele a la cuenta de responsabilidad de ninguno de los sujetos de la adopción, perjudican o pueden perjudicar gravemente al adoptado incapaz. Las causas de revocación de la adopción simple son siempre posteriores a su perfeccionamiento. La revocación es la única causa de extinción de la adopción simple válida.

Como consecuencia de las diferencias anotadas, la sentencia definitiva y firme que declara la nulidad de la adopción es una sentencia declarativa de supresión de estado, ya que elimina la adopción de la vida jurídica como si jamás se hubiera perfeccionado. La sentencia definitiva y firme que declara la revocación de la adopción, en cambio, es constitutiva de supresión de estado y por eso sólo produce efectos hacia el futuro.

No obstante las diferencias sustanciales que existen entre la nulidad y la revocación de la adopción simple, tienen puntos de semejanza. En efecto, ambas deben ser declaradas judicialmente: mientras la nulidad o la revocación de la adopción no sean declaradas por sentencia definitivamente firme, la adopción produce plenos efectos jurídicos.

El Juez competente en los procesos relativos a la nulidad y a la revocación de la adopción simple es el Juez de Menores o el de Primera Instancia en lo Civil, con competencia en materia de Familia, del domicilio del demandado, según los casos.

El juicio debe tramitarse con arreglo al procedimiento de juicio ordinario y, en ambos, debe intervenir el Representante del Ministerio Público.

Las sentencias dictadas en estos juicios han de consultarse siempre con el Tribunal Superior.

Las sentencias definitivamente firmes, en juicio de nulidad o de revocación de la adopción simple, deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y no pueden ser opuestas a terceros, mientras no se haya verificado tal inscripción.

B. *Causas de revocación de la adopción simple*

Las causas de revocación de la adopción simple son siempre posteriores al decreto de adopción. Generalmente, ellas constituyen faltas graves a los deberes derivados de la adopción. Hay una sola excepción que es la

siguiente: Como estudiaremos posteriormente, es causa de revocación de la adopción la circunstancia de que, ejerciendo el adoptante la tutela o la curatela del adoptado, se produzca alguna de las causas de remoción del tutor o curador previstas en el Código Civil, una de las cuales es la incapacidad. Si el adoptante, tutor o curador del adoptado, cae en incapacidad, se produce una causa de remoción y, en consecuencia, causa de revocación de la adopción. No obstante, es evidente que, en este caso, no ha habido causa que sea imputable al adoptante. Éste es el único caso en que puede demandarse la revocación de la adopción simple sin haber incurrido, ni el adoptante ni el adoptado, en incumplimiento grave de las obligaciones resultantes de la adopción.

a) *Por culpa del adoptante.* Están establecidas en el artículo 72 de la Ley de Adopción. Son las siguientes:

- Las mismas que constituyen motivo de privación de la patria potestad o de remoción de la tutela o curatela respecto del adoptado incapaz (ord. 1º del art. 72 de la Ley de Adopción).

Es necesario advertir que esta causal de revocación de la adopción simple sólo funciona cuando el adoptado es incapaz para el momento en que se propone la respectiva demanda de revocación de la adopción y cuando, ejerciendo el adoptante la patria potestad sobre aquél, incurre en alguno de los actos constitutivos de causal de privación de la patria potestad o, ejerciendo la tutela o curatela, se produzca alguna de las causas de remoción del tutor o curador.

Así, si el adoptante ejerce la patria potestad sobre el adoptado, habrá causa de revocación de la adopción simple, en los siguientes casos:

– Cuando el adoptante maltrate habitualmente al adoptado.

– Cuando lo haya abandonado o lo exponga a situaciones de peligro.

– Cuando trate de corromperlo o prostituirlo o sea connivente en su corrupción o prostitución.

– Cuando por las malas costumbres, ebriedad u otros vicios del adoptante, pudiese comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad del adoptado, aun cuando estos hechos no acarreen para el adoptante sanción penal.

– Cuando el adoptante sea condenado como autor o cómplice de delito o falta cometidos intencionalmente contra el adoptado.

Si el adoptante ejerce la tutela sobre el adoptado, habrá causa de revocación de la adopción simple, en los siguientes casos:

— Cuando el adoptante no haya asegurado las resultas de su administración de la manera prevista en el Código Civil.

— Cuando no haya hecho el inventario en el tiempo y en la forma previstos por la ley o no lo haya verificado con fidelidad.

— Cuando el adoptante se condujere mal en la tutela respecto de la persona del adoptado o en la administración de sus bienes.

— Cuando se negare a presentar el estado anual de que trata el artículo 377 C.C. en cualquier tiempo en que el Tribunal lo exija o cuando de cualquier manera evadiere su presentación.

— Cuando el adoptante sea incapaz o de mala conducta.

— Cuando haya sido condenado a pena corporal.

— Cuando haya sido declarado fallido culpable o fraudulento.

— Cuando haya abandonado la tutela.

• *Por otro grave y justo motivo debidamente comprobado*

En este caso, el demandante debe determinar los hechos en que ha incurrido el adoptante y que alega como motivo grave y justo de revocación de la adopción simple. La apreciación de los hechos alegados y comprobados por el accionante, corresponde al Juez de instancia, como cuestión de hecho. Esta causa de revocación de la adopción simple por culpa del adoptante, prevista en el ord. 2° del art. 72 de la Ley de Adopción, es una causal facultativa: Comprobados los hechos en los cuales se basa la demanda, toca al Juez establecer si constituyen grave y justo motivo de revocación de la adopción.

b) *Por culpa del adoptado.* La única causa de revocación de la adopción simple imputable al adoptado es la ingratitud.

El art. 73 de la Ley de Adopción prevé:

> «Constituye causa de revocación de la adopción simple la ingratitud del adoptado.
>
> Se considera ingratitud del adoptado, el haber incurrido, respecto del adoptante o su cónyuge, o respecto de los descendientes o ascendientes consanguíneos o hermanos del adoptante, en alguno de los motivos de indignidad para suceder, previstos en el artículo 810 del Código Civil».

Existe esta causa de revocación de la adopción simple en los siguientes casos:

— Cuando el adoptado voluntariamente haya perpetrado o intentado perpetrar o fuere cómplice en la comisión de un delito que merezca pena de prisión que exceda de seis meses, contra el adoptante, su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano.

— Cuando el adoptado fuere declarado en juicio, adúltero con el cónyuge del adoptante o con el de su descendiente, ascendiente o hermano.

— Cuando el adoptado, a pesar de tener medios suficientes, se ha negado a cumplir la obligación alimentaria que tiene respecto al adoptante.

C. *Caracteres de la acción de revocación de la adopción simple*

a) *Titularidad.* La acción de revocación es de carácter punitivo y por lo tanto no puede ser ejercida por quien da lugar a ella. En consecuencia, cuando se invoca como causa de revocación de la adopción simple, la ingratitud del adoptado, sólo podrá ejercer la acción el adoptante; cuando se basa la acción en causa relativa al adoptante, corresponde al adoptado capaz. Si el adoptado fuere incapaz, puede ser demandada la revocación por el Representante del Ministerio Público y por la persona natural o jurídica a quien correspondería la representación, la asistencia o la guarda, de no mediar la adopción (arts. 74 y 75 de la Ley de Adopción).

b) *Transmisibilidad.* Generalmente las acciones de estado son intransmisibles. La acción de revocación de la adopción simple es acción de estado pero, en esta materia, existe un caso de excepción al principio general. En efecto, cuando dicha acción se basa en la ingratitud del adoptado y el adoptante fallece antes de vencer el lapso de caducidad, la acción puede ser ejercida por sus herederos, siempre antes de la expiración del lapso de caducidad (art. 75 de la Ley de Adopción).

c) *Caducidad.* La acción de revocación de la adopción simple está sujeta a un lapso de caducidad de un año, contado a partir de la fecha del acto o del hecho constitutivo de la causal que se invoque (art. 76 de la Ley de Adopción).

D. *Efectos de la sentencia de revocación de la adopción simple.* La sentencia de revocación de la adopción simple, definitivamente firme, produce efectos desde su fecha, pero no puede ser opuesta a terceros sino después de verificada la inscripción exigida por la ley.

El art. 78 de la Ley de Adopción preceptúa:

> «Definitivamente firme la sentencia que declare la revocación de la adopción simple, el Juez enviará copia certificada de la misma, al funcionario del Registro del Estado Civil donde se efectuaron las inscripciones a que se refieren los artículos 39 y 40 de esta ley, a los efectos de la inserción en los Libros correspondientes».[126]

---

[126] *Vid.* arts. 407 y 437 LOPNA.

V. Conversión de la adopción simple en plena

De conformidad con la Ley de adopción vigente, la adopción simple, individual o conjunta, puede convertirse en adopción plena.

1. *Requisitos de la conversión de la adopción simple en plena*

A. *Requisitos de fondo.* Son ellos: capacidad de derecho común en el solicitante de la conversión —la edad mínima para adoptar y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado existen, puesto que se trata de convertir una adopción simple en plena—, ausencia de impedimentos y consentimientos necesarios.

a) *Capacidad de derecho común del solicitante.* En caso de conversión de la adopción simple en plena, se produce una nueva adopción que sustituye a la anterior. Por tal razón, es menester que quien solicita dicha conversión, tenga capacidad de derecho común. La capacidad que es requisito para la validez de todo negocio jurídico.

b) *Ausencia de impedimentos.* Para que pueda decretarse la conversión de la adopción simple en plena, es necesario que no existan impedimentos legales a dicha conversión. Esos impedimentos son el previsto en la nueva Ley de Adopción como propio de la adopción plena y, además, el de inexistencia o irregularidad del matrimonio de los adoptantes y el de exclusión.

• *Impedimento propio de la adopción plena.* No es posible la conversión de la adopción simple en plena, cuando el adoptado hubiere alcanzado la mayoría de edad para la fecha del decreto de adopción de cuya conversión se trata, salvo que exista una vinculación familiar entre el adoptado y el adoptante o que el adoptado hubiere estado integrado al hogar del adoptante desde su minoridad (ord. 1º del art. 45 de la Ley de Adopción).

• *Inexistencia o irregularidad del matrimonio de los adoptantes.* No puede convertirse la adopción simple en plena cuando los cónyuges adoptantes en adopción conjunta se hubieren separado de cuerpo, o su matrimonio haya sido anulado o se hubiere disuelto (ord. 2° del art. 45 de la Ley de Adopción).

• *Impedimento de exclusión.* Tampoco es posible la conversión de la adopción simple en plena, cuando los cónyuges tuvieren en adopción simple más de un hijo adoptivo menor de edad para la fecha de la solicitud de conversión y ésta pretenda efectuarse con exclusión de alguno de ellos (ord. 3º del art. 45 de la Ley de Adopción).

Éste es un impedimento dispensable. En efecto, el aparte del ord. 3° del art. 45 de la mencionada ley, establece:

«No obstante, el Tribunal competente puede, con conocimiento de causa y basado en el informe favorable y circunstanciado del Instituto Nacional del Menor, acordar la conversión que implique la mencionada exclusión, cuando así lo recomienden motivos plenamente justificados y comprobados».

c) *Consentimientos necesarios.* En consideración a las importantes consecuencias jurídicas que produce la conversión de la adopción simple en plena, el legislador exige al efecto el consentimiento de una serie de personas.

• Del adoptado, en el supuesto indicado en el artículo 12 (ord. 1º del art. 46 de la Ley de Adopción). Es necesario observar que el indicado ordinal exige, para la conversión de la adopción simple en plena, el consentimiento del adoptado en el supuesto indicado en el artículo 12. Ahora bien, el artículo 12 de la Ley de Adopción no se refiere para nada al consentimiento del adoptado. Es el artículo 13 el que prevé que sea cual fuere el tipo de adopción, se requiere el consentimiento del adoptado, cuando éste sea mayor de doce años. Evidentemente hubo, en este caso, una nueva inadvertencia del legislador.

• Del padre y de la madre consanguíneos del adoptado que fuere aún menor de edad, entredicho o inhabilitado, a quienes, de no mediar la adopción, correspondería el ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la curatela del adoptado (ord. 2º del art. 46 de la Ley de Adopción).

• Del Instituto Nacional del Menor cuando con anterioridad al decreto de adopción, el adoptado era pupilo del Estado (ord. 3º del art. 46 de la Ley de Adopción).

• Del cónyuge del adoptado, en los supuestos indicados en el artículo 15 (ord. 4° del art. 46 de la Ley de Adopción). Se refiere el artículo 15, al cual remite este ordinal, a que, cuando la persona a quien se pretende adoptar sea casada, se requiere el consentimiento de su cónyuge, salvo que exista separación legal de cuerpos.

• Del cónyuge del adoptante si se trata de la conversión en plena de una adopción simple individual (ord. 5º del art. 46 de la Ley de Adopción).

B. *Requisitos de forma.* Son ellos el procedimiento judicial y la inscripción de la conversión decretada en el Registro del Estado Civil.

a) *Procedimiento de la conversión*

Solicitud. «Los cónyuges adoptantes en adopción simple y conjunta, que pretendan la conversión, o el adoptante en adopción simple individual que aspire a dicha conversión, deben presentar personalmente, la respectiva solicitud escrita o verbal al Tribunal competente». (Art. 48 de la Ley de Adopción).

Tramitación. «Recibida la solicitud el Juez procederá a examinar los documentos que cursan en autos y a solicitar los consentimientos previstos en el artículo 46, en un lapso no mayor de ocho audiencias. Asimismo, recabará las pruebas en los casos previstos en los ordinales 1º y 3º del artículo 45». (Art. 49 de la Ley de Adopción).

Para establecer la competencia en el procedimiento de conversión de la adopción simple en plena, se aplican las disposiciones del artículo 22, pero se tomará en cuenta la edad del adoptado para la fecha de la solicitud de conversión. Así, si para esta fecha el adoptado es menor de edad, será competente el Juez de Menores; en otro caso, el Juez de Primera Instancia en lo Civil con competencia en materia de Familia, del domicilio o residencia del solicitante.

Decreto de conversión de la adopción simple en plena. Si el Juez competente encuentra que la solicitud se ajusta a las exigencias legales, decretará la conversión sin más trámites. Caso contrario la negará (Primer ap. del art. 49 de la Ley de Adopción).

Recursos legales. «Del decreto que acuerde o niegue la conversión, se oirá apelación libremente. El decreto que acuerde o niegue la conversión tendrá recurso de Casación (Segundo ap. del art. 49 de la Ley de Adopción).

Inscripción de la conversión decretada. Una vez firme el decreto de conversión de la adopción plena, el Juez enviará copia certificada del decreto de conversión, al funcionario del Registro del Estado Civil del domicilio o residencia del adoptante, el cual procederá a levantar una nueva acta de nacimiento en los Libros correspondientes (art. 50 de la Ley de Adopción en concordancia con el art. 39 *eiusdem).*

Efectos de la conversión de la adopción simple en plena. Una vez firme el decreto de conversión, surte efectos desde su fecha, pero no es oponible a terceros sino una vez efectuada su inscripción en el Registro del Estado Civil (art. 50 de la Ley de Adopción).

Nulidad de la conversión de la adopción simple en plena. La conversión de la adopción simple en plena puede estar viciada de nulidad. Ello ocurre cuando tal conversión se perfecciona con violación de los requisitos sustanciales previstos en la ley.

Todo lo estudiado en relación a la nulidad de la adopción —relativo a casos de nulidad, titularidad de la acción, caducidad de la misma, Juez competente en el procedimiento, inscripción en el Registro del Estado Civil y efectos— es perfectamente aplicable a la nulidad de la conversión, por lo que consideramos innecesario volver sobre el asunto. [127]

[127] *Vid.* art. 407 LOPNA.

CUADRO DE LOS REQUISITOS PARA ADOPTAR

DE FONDO

- **CAPACIDAD**
  - Capacidad de derecho común
  - Edad mínima: 25 años
  - Diferencia de edad entre adoptante y adoptado
- **AUSENCIA DE IMPEDIMENTOS**
- **CONSENTIMIENTOS NECESARIOS Y OPINIONES FACULTATIVAS**
- **PERÍODO DE PRUEBA:** Sólo cuando la persona a quien se pretende adoptar es menor no emancipado.

DE FORMA

- **PROCEDIMIENTO**
- **INSCRIPCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL**
- **PASE O EXEQUATUR:** Sólo cuando el decreto de adopción haya sido dictado por Juez competente en país extranjero.

CUADRO DE LOS IMPEDIMENTOS PARA ADOPTAR

GENERALES	Impedimento de adopción anterior (Art. 6º LDA). Impedimento de tutela (Art. 11º LDA). Impedimento de matrimonio (Art. 54 CC).
EXCLUSIVO DE LA ADOPCIÓN INDIVIDUAL	Impedimento de exclusión (Art. 10 LDA).
EXCLUSIVOS DE LA ADOPCIÓN CONJUNTA	Impedimento de inexistencia o irregularidad del matrimonio (Art. 8º LDA). Falta de condición adicional exigida por la ley para la adopción conjunta (Art. 4º, aparte único LDA). Impedimento de adopciones diferentes (Art. 9º LDA).
EXCLUSIVO DE LA ADOPCIÓN PLENA	Impedimento para la adopción plena de mayores de edad, salvo cuando: La persona que se pretende adoptar tenga relaciones de parentesco con quien proyecta adoptarlo. La persona por adoptar hubiere estado integrada desde su minoridad, al hogar del adoptante. La persona por adoptar sea hijo del cónyuge del adoptante (Art. 7º LDA).

Procedimiento de la adopción

1. *SOLICITUD*

— La hace la persona —adopción individual— o marido y mujer no separados legalmente de cuerpos —adopción conjunta— personalmente.

— Ante el Juez de Primera Instancia de Menores del domicilio o de la residencia del adoptante, si la persona a adoptar es menor de edad; ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil con competencia en materia de Familia, si fuere mayor.

— En forma escrita o verbal.

— Debe presentarse acompañada de los recaudos probatorios exigidos por la Ley de Adopción (art. 24 LDA).

2. *EXAMEN DE LA SOLICITUD Y NOTIFICACIONES*

Notificaciones:

— Al Representante del Ministerio Público.

— A los descendientes y ascendientes del marido fallecido de la viuda adoptante que pretenda que el adoptado lleve su apellido de casada.

3. *APERTURA DE UN LAPSO DE DIEZ DÍAS DE DESPACHO*

En este lapso:

— El Juez consultará a las personas cuyo consentimiento es necesario sobre la adopción en proyecto y a las personas señaladas en el art. 17 LDA, si lo creyere conveniente.

— Se comprobarán las relaciones de parentesco o la integración de la persona por adoptar en el hogar del solicitante de la adopción, si se trata de solicitud de adopción plena de un mayor de edad.

— En caso de adopción de un menor de edad no emancipado, se comprobará, también este lapso, el cumplimiento del período de prueba.

— También es posible formular oposición a la adopción solicitada.

- Personas que pueden oponerse: Art. 28 LDA.
- Causas de oposición: Art. 28 LDA.
- Efectos de la oposición: Art. 30 LDA.

4. *DECRETO DE ADOPCIÓN*

— Oportunidad: Art. 29 LDA.

– Contenido: Art. 31 LDA.

– Recursos legales:

Apelación: Del decreto que acuerde la adopción o de su negativa se oirá apelación libremente (art. 32 LDA).

Apelación restringida en dos casos:

- El del art. 33 LDA.
- El del art. 34 LDA.

Recurso de Casación:

Los decretos que acuerden o nieguen la adopción tienen recurso de Casación (art. 37 LDA).[128]

---

[128] *Vid.* arts. 493 y ss. LOPNA.

ADDENDA

La adopción en el mundo de hoy

Incluyo, por considerarlo de interés para el estudiante, como apéndice del capítulo relativo a la adopción, una pequeña parte del trabajo presentado por mí en las XV Jornadas «J.M. Domínguez Escovar» que sobre Derecho de Familia y bajo el auspicio del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del Estado Lara, se realizaron en la acogedora ciudad de Barquisimeto, en enero del año pasado.

I.G.A. de L.

La adopción en el mundo de hoy

1. La adopción tuvo gran importancia en la antigüedad; constituyó entonces un recurso ofrecido por la religión y por las leyes, a aquellas personas que no tenían herederos naturales o de sangre, para que pudieran tener descendencia y asegurar la continuidad del culto doméstico y la transmisión de sus bienes.

Desaparecidos estos fines en el derecho moderno, mucho se ha discutido acerca del fundamento que pueda tener la adopción y la conveniencia o inconveniencia de su conservación.

Se le ha censurado conceptuándola como una ficción jurídica. Si su finalidad es filantrópica y está destinada a ser, como fue considerada por el Código Francés, «consuelo de matrimonios estériles y una abundante fuente de socorros para los niños pobres», se podría explicar como una institución de beneficencia, pero no justifica plenamente la adopción como medio de establecer entre personas extrañas, relaciones análogas a las que resultan de la filiación de sangre. Trabucchi ha escrito que «la perpetuación de la especie es una necesidad natural, que viene realizada a través de un instinto del cual están dotados todos los seres vivientes. Tal instinto es así de prepotente que el hombre tempranamente ha experimentado un modo para satisfacer sus propias necesidades individuales, aún en aquellos casos en los cuales la procreación es, por condiciones y circunstancias peculiares, imposible. Se ha, en efecto, encontrado un medio para obviar tal carencia, colocando a personas extrañas en el puesto y en la condición de hijos, y dando así lugar a una forma ficticia de filiación.[129]

Para combatir la adopción se ha alegado, además, el mal uso que en la práctica se hace de ella, ya que se ha utilizado para conseguir fraudes de ley.

Igualmente se ha insistido en el desuso de la institución, la cual en el pensamiento de algunos autores, está en plena decadencia.

No obstante, frente a estas críticas contrarias a la adopción, existen razones muy poderosas para dar fundamento al mantenimiento de ella como institución llamada a proporcionar los beneficios de la filiación y de la paternidad a personas que, por naturaleza, carecen de ellos.

2. *La adopción en el Derecho actual.* La adopción está admitida en la mayoría de las legislaciones vigentes. Hoy en día con nuevas modalidades y mayor aplicación. Los países que no la aceptan son muy pocos. En un

[129] TRABUCCHI: «Natura, Legge, Famiglia», en *Revista de Derecho Civil,* Tomo I, págs. 4 y ss., Milano-Italia, 1977.

intento de hacer una brevísima nota de Derecho Comparado y hasta donde se pueden obtener noticias de las legislaciones extranjeras en nuestro país, nos aventuramos a decir que en las de Haití, Honduras, Nicaragua y Paraguay, no está regulada la institución. En Europa, el único país que no la admitía era Portugal y la introdujo en su Código Civil de 1966.[130]

3. *La adopción en el Derecho Venezolano actual.* Está regulada por la Ley de Adopción que entró en vigencia el 18 de septiembre de 1983. En ella se introducen interesantes innovaciones inspiradas en la concepción moderna de la adopción y orientadas a lograr genuina protección para el adoptado, en las cuales destacan las que tienen por objeto equipararlo al hijo de sangre. En tal virtud consagra:

A. *La prioridad de la adopción plena* —que confiere al adoptado la condición de hijo— y *la excepcionalidad de la adopción simple* —que sólo produce un vínculo civil de naturaleza especial entre el adoptado y el adoptante.

En opinión de Antonio D'Jesús M.,[131] expuesta en comentarios a la Ley sobre Adopción, la adopción simple es de evidente sentido inconstitucional, como quiera que la Constitución Nacional establece que la filiación adoptiva será amparada por la ley y la adopción simple no genera vínculo de filiación, sino uno civil de carácter peculiar.

Indudablemente que la legislación venezolana ha ido avanzando en el camino hacia la protección del adoptado. Hasta el Código Civil del 42 se consagraba la adopción tradicional; la condición jurídica del adoptado no lo favorecía, era muy inferior a la del hijo de sangre. La Ley sobre Adopción estableció dos clases de adopción —la plena y la simple— pero atribuía al adoptante plena libertad para elegir entre una y otra. La Ley de Adopción da prioridad a la adopción plena —la que equipara al adoptado con el hijo de sangre— y conserva la simple, pero sólo excepcionalmente. Lo deseable es que haya una sola clase de adopción, la plena —se hablaría entonces de adopción, simplemente— para que en todo caso, sin excepción, el adoptado adquiera la condición de hijo —con idénticos deberes y derechos que el de sangre— del o de los adoptantes.

B. *La irrevocabilidad de la adopción plena.* Consecuencia de la equiparación del vínculo derivado de la adopción con la filiación. Así como ésta, aquélla tampoco puede revocarse.

---

130 AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO: *Manual de Derecho de Familia,* Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 241.

131 ANTONIO D'JESÚS M.: *Contribución al Estudio de la Adopción Especial,* U.L.A., Mérida, 1983, pág. 73.

La Ley de Adopción, además, incluye una serie de disposiciones que están dirigidas a facilitar la adopción. Entre otras, la que consagra la posibilidad de hacer la solicitud de adopción en forma verbal o escrita; la que facilita la obtención de los recaudos que debe consignar el adoptante conjuntamente con la solicitud; la que impone al Juez la obligación de, una vez decretada la adopción, enviar copia certificada del decreto a los funcionarios del Registro del Estado Civil correspondiente, para que procedan a la inscripción de la adopción.

En la práctica, si comparamos los cinco años anteriores a la promulgación de la Ley de Adopción con los cinco posteriores al inicio de su vigencia, tomando en consideración una pequeña muestra de lo que ha ocurrido en los Tribunales de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, que parece repetirse en otras Circunscripciones Judiciales, nos atrevemos a afirmar que ha habido incremento en los casos de adopción, aun cuando no es claramente considerable.

No obstante, todavía persiste la práctica viciosa y delictiva de presentar ante el funcionario competente, a quien no lo es realmente, como hijo de la persona —más comúnmente de la pareja— que quiere tenerlo y hacerlo aparecer como tal.

Las innovaciones de la Ley de Adopción orientadas a facilitar la adopción, a pesar de que el predicho instrumento legal tiene ya más de seis años de vigencia, no han sido utilizadas en la medida en que han podido serlo. Al parecer han sido insuficientemente divulgadas. Se impone, pues, en un país como el nuestro, que cuenta con un tan elevado como vergonzoso número de menores abandonados, una campaña formativa e informativa acerca de la adopción, de sus ventajas y de su régimen legal.

4. *La adopción en el Derecho Internacional Privado.* Puede ocurrir que una adopción esté vinculada a elementos extranjeros y constituya, por tal razón, un caso de Derecho Internacional Privado. En tales situaciones, de acuerdo a la prelación consagrada en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, se aplicará el Código de Bustamante, cuando el caso tenga relación con otro país ratificante del mismo, tanto en lo sustantivo (arts. 73, 75, 76 y 77) como en lo procesal de la competencia en la jurisdicción voluntaria (art. 330), por lo que respecta al procedimiento de adopción y en la contenciosa (art. 318), en lo atinente a los juicios de nulidad y revocación de la adopción.

Si el caso de adopción no está regido por ningún tratado, deben aplicarse las normas de Derecho Internacional Privado consagradas en nuestro Código Civil sobre territorialidad de la ley (art. 8), aplicación de la ley nacional en lo relativo al estado y capacidad (art. 9) y la del lugar para la formalidad de los actos (art. 11).

En cuanto a la eficacia en Venezuela de las decisiones dictadas por autoridad judicial competente en el extranjero, relacionadas con la adopción, recordemos brevemente lo expuesto en relación al pase o *exequatur* como requisito de forma exigido por la legislación nacional:

Si se trata de decisión de tribunal de otro país bolivariano, se aplica el Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros, suscrito en 1911 y ratificado por nuestro país. De conformidad con él, puede pedirse el *exequatur* sujeto a lo que determine la Ley de Procedimiento del Estado en donde se pide la ejecución. En Venezuela sujeto indirectamente al Código de Procedimiento Civil (arts. 850 a 858).

Cuando es una decisión judicial de cualquier otro país, se aplica directamente lo que al respecto dispone el Código de Procedimiento Civil en los artículos antes mencionados, a menos que haya Tratado.

BIBLIOGRAFÍA

ABOUHAMAD, Chibly y BOCARANDA, J. J.: *La situación legal de los hijos extramatrimoniales*. Editorial Principios, Caracas, 1982.

ALBADALEJO, Manuel, y LACRUZ, José Luis: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*. Librería Bosch, Barcelona, 1963.

ALBADALEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Librería Bosch, Barcelona, 1982.

BARRIOS GUZMÁN, Pedro: *Régimen de bienes en el matrimonio*. Tesis de grado. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1947.

BELLUSCIO, Augusto César: *Manual de Derecho de Familia*. 2 tomos, 3ª edición, Editores Depalma, Buenos Aires, 1981.

BINSTOCK HONIG, Hanna: «La presunción de muerte por accidente en la Legislación Venezolana», en *Studia Iuridica*, Nº 3.

BOCARANDA E., J. J.: *Análisis y consideraciones sobre el nuevo Código Civil*. Editorial Principios, Caracas, 1982.

BORDA, Guillermo: *Manual de Derecho de Familia*. 8ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1979.

CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V, 9ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José M. Castán Vázquez. Ed. Rens, S. A., Madrid, 1976.

DE RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. [Traducción de la 4ª edición italiana]. Instituto Editorial Reus, Madrid.

DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Ediciones J.C.V. Logos C. A., Caracas, 1951.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho Civil Español*. Vol. IV, 4ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

GRANADILLO, Víctor Luis: *Tratado Elemental de Derecho Civil Venezolano*. 2ª edición, Caracas, 1958.

GROSMAN, Cecilia: *Acción de impugnación de la paternidad del marido*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982.

JUGLART, Michel: *Cours de Droit Civil*. 2 tomos, 10ª edición. Éditions Montchrestjen, París, 1980.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de Familia. 2 vols., 2ª edición, Librería Bosch, Barcelona, 1974.

LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Anotaciones sobre Derecho de Familia.* Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho, Caracas, 1970.

______________________: *El régimen legal de la adopción en Venezuela.* Editorial Sucre, Caracas, 1974.

MENDOZA MENDOZA, J. R.: *El Derecho de Familia visto por un Juez.* Barquisimeto, 1976.

PUIG PEÑA, Federico: *Manual de Derecho Civil Español.* Tomo II, Derecho de Familia. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

RAMÍREZ, Florencio: *Anotaciones de Derecho Civil.* Publicaciones de la Dirección de Cultura de la Universidad de los Andes, Mérida, 1953.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *La presunción de paternidad legítima.* Editorial Tecnos, Madrid, 1971.

ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de Familia.* Sevilla, 1949.

SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil.* Tomo V. Derecho de Familia. Madrid, 1898.

SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil Venezolano.* Gráficas Sebastián, Madrid, 1953. [Reimpresión de la 1ª edición hecha en Caracas, Imprenta Nacional, 1873].

ADDENDA 2001

La adopción en la LOPNA

La adopción en nuestro país está regulada, desde el primero de abril de 2000, por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), que derogó la Ley de Adopción de 1983. La LOPNA introduce, en materia de adopción, interesantes innovaciones entre las cuales es menester destacar dos fundamentales:

1) Conforme a su artículo 407, *la adopción sólo puede ser plena.* Existe, pues, en Venezuela, a partir de la fecha en que entró en vigencia la LOPNA, sólo un tipo de adopción: la plena. La adopción simple fue eliminada. Tal disposición constituye la culminación de un proceso, a favor del cual nos pronunciamos en repetidas ocasiones y en ediciones anteriores de esta obra, y que persigue la finalidad de lograr una total equiparación entre el hijo adoptivo y el de sangre. Es indudable que la legislación venezolana ha venido avanzando en este camino. En efecto, hasta el Código Civil del 42 se consagró la adopción tradicional que no favorecía al adoptado, no creaba entre éste y el o los adoptantes un auténtico vínculo familiar; sólo determinaba un lazo peculiar que se establecía exclusivamente entre adoptado y adoptante. El 21 de julio de 1972, luego de una *vacatio legis* de treinta días contados a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República,* entró en vigencia la ley sobre Adopción, la cual estableció dos clases de adopción —la plena y la simple— pero atribuyó al adoptante absoluta libertad para elegir el tipo de adopción que deseaba solicitar y obtener. Más tarde, el 18 de septiembre de 1983, comenzó la vigencia de la Ley de Adopción que dio prioridad a la adopción plena; conservó la simple pero sólo excepcionalmente. La Constitución venezolana vigente (1999), en el aparte único de su artículo 75, preceptúa:

   > «Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello es imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. *La adopción tiene* efectos *similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley.* La adopción internacional es subsidiaria de la nacional». [Destacado nuestro].

Finalmente la LOPNA eliminó la adopción simple; sólo existe una clase de adopción: la plena, la adopción que equipara al hijo adoptivo con el hijo de sangre, como debe ser.

En esta materia nos planteamos una interrogante: ¿Qué ocurre con las adopciones simples que fueron decretadas conforme a la Ley de Adopción? Ante el silencio de la LOPNA y la necesidad de resolver una situación que puede plantearse pensamos que, a partir del primero de abril de 2000, cuando entra en vigencia la LOPNA, se convierten en adopciones plenas. Opinamos así porque la LOPNA es una ley de orden público y, en consecuencia, de aplicación inmediata y porque, además, como la Ley de Adopción fue derogada por la LOPNA, la adopción simple carece de régimen legal. Por supuesto que todos los efectos producidos por una adopción simple decretada de conformidad a la Ley de Adopción, antes de entrar en vigencia la LOPNA, quedan intactos pero, a partir del primero de abril de 2000, tales adopciones, en nuestra opinión, quedan convertidas en adopciones plenas, única clase de adopción de acuerdo a la predicha ley.

2) *La Adopción Internacional.* Aspecto relevante de la LOPNA lo constituye su regulación de la adopción internacional. En esta materia es necesario destacar lo siguiente:

A. *Definición de la Adopción Internacional.* Para definir la adopción internacional, la LOPNA tomó en consideración la residencia habitual de las partes, con independencia de su nacionalidad. Se tuvo en cuenta —según la Exposición de Motivos— que Venezuela puede ser tanto país de residencia habitual de los niños o adolescentes a ser adoptados, como de los solicitantes de la adopción.

El artículo 443 de la LOPNA dispone:

Artículo 443. *Definición*

> «A los efectos de esta Ley se entiende que la adopción es internacional cuando el adoptado o candidato a adopción tiene su residencia en un Estado y los adoptantes o solicitantes de la adopción tienen su residencia habitual en otro Estado al cual va a ser desplazado el niño o adolescente. Cuando el candidato a adopción tiene su residencia habitual en Venezuela y el desplazamiento se produce antes de la adopción, ésta debe realizarse íntegramente conforme ley venezolana.
>
> Las adopciones a realizarse por extranjeros que, para el momento de la solicitud, tengan más de tres años de residencia habitual en el país, se regirán por lo previsto para las adopciones nacionales».

B. *Exigencia de la Existencia de Tratados o Convenios Internacionales para que pueda realizarse una Adopción Internacional.*

Artículo 444. *Tratados internacionales.*

> «La adopción internacional sólo puede realizarse si existen tratados o convenios en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes y solicitantes de la adopción».

La razón de tal exigencia radica en la necesidad de garantizar a los niños y adolescentes que son adoptados por personas que residen en otros países, una genuina protección tanto en lo atinente a la veracidad de la información suministrada por las predichas personas para solicitar la adopción, como por lo que toca al seguimiento que debe hacerse durante el período de prueba o de lo que pueda ocurrir con el niño o adolescente candidato a la adopción, cuando éste se encuentra ya en el país de residencia habitual de los adoptantes y éstos desisten de la adopción.

Por otra parte, Venezuela el 8/10/1996, ratificó el Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional y, en consecuencia, desde entonces es ley vigente en nuestro país. Ahora bien, si se considera la adopción internacional a solicitantes con residencia habitual en Estados no partes del antes mencionado Convenio o de cualquier otra convención sobre la materia, se generaría la posibilidad de que se dieran dos tipos de adopción: una muy cuidada y controlada y otra carente de las condiciones que son menester para garantizar los auténticos objetivos de la institución.

C. *Subsidiariedad de la Adopción Internacional.* Sólo cuando la adopción nacional no es posible o no es lo más conveniente para el niño o adolescente a adoptar, cabe la posibilidad de la adopción internacional.

La Constitución Nacional, en la parte final del aparte único de su artículo 75, preceptúa que la adopción internacional es subsidiaria de la nacional. La LOPNA, por su parte, dispone:

Artículo 445. *Subsidiariedad de la Adopción Internacional*

> «La adopción internacional es subsidiaria de la adopción nacional. Los niños o adolescentes que tienen su residencia habitual en Venezuela sólo podrán considerarse aptos para una adopción en Venezuela y constaten que la adopción internacional, cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción internacional responde al interés superior del candidato a adopción. En el respectivo expediente se dejará constancia de lo actuado conforme a este artículo».

D. *Habilitación de los Solicitantes.* Las personas que tengan su residencia habitual fuera de Venezuela deben comprobar que, de acuerdo con la legislación que regula la materia en el país donde residen habitualmente, son aptos para adoptar. Así lo dispone el artículo 446 LOPNA.

Artículo 446. *Habilitación de los Solicitantes.*

> «Los solicitantes que tengan su residencia habitual fuera de Venezuela deben comprobar que están debidamente habilitados para la adopción, de acuerdo al derecho que rige la materia en el país donde residen y cuya vigencia y contenido pueden proporcionar al juez de la causa, con miras a lograr mayor celeridad en la decisión del caso».

E. *Traslado del candidato a adopción al país donde residen habitualmente los solicitantes.* Conforme al artículo 447 LOPNA:

Sólo puede ser autorizado por el juez previa comprobación:

a) de que ha sido concedida al niño o adolescente adoptado, autorización de entrada y residencia permanente, por las autoridades competentes de dicho país;

b) de que la adopción que se le conceda tendrá los mismos efectos que tiene en Venezuela;

c) El traslado debe efectuarse en compañía de los solicitantes, o al menos uno de ellos.

F. *Presentación de las solicitudes.* De conformidad con lo que preceptúa el artículo 448 LOPNA, cuando los solicitantes de la adopción residan habitualmente fuera de Venezuela deben presentar la solicitud de adopción correspondiente y el informe en el cual se acredite su aptitud para adoptar, que debe contener datos sobre su identidad, medio social, capacidad jurídica, situación personal, familiar y médica, motivos que lo animan, así como las características de los niños o adolescentes que están en condiciones de adoptar, a los fines de su estudio y aprobación por la autoridad venezolana competente en la materia, a través de los representantes de los organismos públicos o de las instituciones debidamente autorizadas por las autoridades del país correspondiente, de acuerdo con los términos del convenio que, en materia de adopción internacional, se encuentre vigente entre Venezuela y ese país.

G. *Informes durante el período de prueba.* En los casos de adopción internacional, del seguimiento que debe hacerse durante el período de prueba, son responsables los organismos públicos o instituciones extranjeras autorizadas que presenten la respectiva solicitud de adopción y están obligados a remitir al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, los informes correspondientes. Así lo dispone el artículo 449 LOPNA.

H. *Otras innovaciones*. La LOPNA, en materia de adopción, mantuvo muchas de las disposiciones de la Ley de Adopción. Además de las dos importantes innovaciones ya destacadas, incluye la LOPNA otras normas que modifican unas; que introducen nuevas previsiones otras:

I. Modificaciones

a) Eliminó el requisito de tener al menos tres años de casados, para los cónyuges que desean adoptar.

b) En lo que toca a la duración del período de prueba, se elevó a seis meses con posibilidad de prórroga y se previó, además, la necesidad de que se produzcan durante él, al menos dos evaluaciones realizadas por la respectiva Oficina de Adopciones o por el equipo multidisciplinario del Tribunal, evaluaciones éstas que tienen por objeto verificar el resultado de la convivencia entre el niño o adolescente a adoptar y el o los solicitantes de la adopción e informar de todo ello al juez.

II. Nuevas previsiones

a) La validez del consentimiento de la madre para la adopción de su hijo queda supeditada a que éste haya nacido.

b) La LOPNA exige que todas las personas cuyo consentimiento es necesario en una adopción, sean asesoradas debidamente y reciban información acerca de los efectos que ha de producir dicha adopción.

c) La LOPNA prohíbe la obtención de beneficios —económicos o de cualquier otra clase— para consentir en la adopción.

d) La LOPNA exige la elaboración de informes tanto sobre el niño o adolescente que llene las condiciones para ser adoptado, como de los solicitantes de la adopción. Debe garantizarse la confidencialidad del contenido de los predichos informes y hacerse posible al adoptado o su representante el acceso a tal información, si su interés lo hace aconsejable.

e) En lo atinente al procedimiento de la adopción, la LOPNA conserva el procedimiento de la Ley de Adopción en lo fundamental e incorpora al mismo algunas previsiones para la adopción internacional y para responder a las nuevas disposiciones consagradas para la adopción en general.

Valencia, 3 de julio de 2001

I.G.A. de L.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA

Decreta:

la siguiente

LEY APROBATORIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Artículo Único: Se aprueba en todas sus partes, y para que surta efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en la ciudad de Nueva York, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de enero de 1990.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

PREÁMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias

para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, «El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración.

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial, a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente Artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño, que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe, por sí misma, consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él, a los efectos de la reunión de la familia, será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño, cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del Artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del Artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales.

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los Artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes, en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños, cuyos padres trabajan, tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación,

tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y;

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes, a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente Artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño, mental o físicamente impedido, deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles. La prestación al niño, que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente Artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada

a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la mal nutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal, apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene

y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente Artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño, les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los

padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquél en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de

enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de las suyas;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente Artículo o en el Artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente Artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán

oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente Artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, con Estados Partes en particular;

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente Artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará acabo de conformidad con la ley y se organizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: Cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

I) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley;

II) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

III) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

IV) Que no será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

V) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley.

VI) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

VII) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión. El asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados

de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II

Artículo 42

Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43

1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.
2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos.
3. Los miembros del Comité serán elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estado Parte podrá designar a una persona escogida entre sus propios nacionales.
4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la entrada en vigor de la presente Convención y ulteriormente cada dos años. Con cuatro meses, como mínimo, de antelación respecto de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidaturas en un plazo de dos meses. El Secretario General

preparará después una lista en la que figurarán por orden alfabético todos los candidatos propuestos, con indicación de los Estados Partes que los hayan designado, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

5. Las elecciones se celebrarán en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas. En esa reunión, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. El mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de efectuada la primera elección, el Presidente de la reunión en que ésta se celebre elegirá por sorteo los nombres de esos cinco miembros.

7. Si un miembro del Comité fallece o dimite o declara que por cualquier otra causa no puede seguir desempeñando sus funciones en el Comité, el Estado Parte que propuso a ese miembro designará entre sus propios nacionales a otro experto para ejercer el mandato hasta su término, a reserva de la aprobación del Comité.

8. El Comité adoptará su propio reglamento.

9. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años.

10. Las reuniones del Comité se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en cualquier otro lugar conveniente que determine el Comité. El Comité se reunirá normalmente todos los años. La duración de las reuniones del Comité será determinada y revisada, si procediera, por una reunión de los Estados Partes en la presente Convención. A reserva de la aprobación de la Asamblea General.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité establecido en virtud de la presente Convención.

12. Previa aprobación de la Asamblea General, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención recibirán emolumentos con cargo a los fondos de las Naciones Unidas, según las condiciones que la Asamblea pueda establecer.

Artículo 44

1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;

b) En lo sucesivo, cada cinco años.

2. Los informes preparados en virtud del presente Artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.

3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente Artículo, la información básica presentada anteriormente.

4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.

5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.

6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos

competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;

b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;

c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los Artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere de los Estados Partes.

PARTE III

Artículo 46

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

Artículo 47

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 48

La presente Convención permanecerá abierta a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 49

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 50

1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declara en favor de tal Conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario General a la Asamblea General para su aprobación.
2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente Artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.
3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Artículo 51

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.
2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

Artículo 52

Todo Estado Parte podrá denunciar la presente Convención mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 53

Se designa depositario de la presente Convención al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 54

El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

En testimonio de lo cual, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo en Caracas, a los veinte días del mes de julio de mil novecientos noventa. Año 180 de la Independencia y 131 de la Federación.

El Presidente

(LS.)

DAVID MORALES BELLO

El Vicepresidente

LUIS ENRIQUE OBERTO

Los Secretarios

JOSÉ RAFAEL QUIROZ SERRANO

JOSÉ RAFAEL GARCÍA

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
CARLOS ANDRÉS PÉREZ
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA

POR CUANTO Venezuela suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, el día 26 de enero de 1990, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América.

POR CUANTO fueron cumplidos los requisitos constitucionales y legales correspondientes por parte de la República de Venezuela para la ratificación de la Convención citada, mediante la aprobación de la correspondiente Ley Aprobatoria por el Congreso de la República, cuya promulgación he dispuesto.

POR TANTO RATIFICO, en nombre de la República de Venezuela y en ejercicio de las facultades que la Constitución Nacional me confiere, la Convención sobre los Derechos del Niño, para que se cumplan sus cláusulas y tengan efectos internacionales en cuanto a Venezuela se refiere, con las Declaraciones interpretativas siguientes:

1. Respecto del Artículo 21, literal b):

   «El Gobierno de Venezuela entiende que esta disposición se refiere a la adopción internacional y, en ningún caso, a la colocación en hogar de guarda fuera del país.

   Igualmente entiende que la misma no puede interpretarse en detrimento de la obligación que corresponde al Estado de asegurar la debida protección del niño».

2. Respecto del Artículo 21, literal d):

   «El Gobierno de Venezuela entiende que ni la adopción ni la colocación de niños debe en ningún caso generar beneficios financieros para quienes en cualquier forma participen en ellas».

2. Respecto del Artículo 30:

   «El Gobierno de Venezuela entiende que este Artículo debe ser interpretado como un caso de aplicación del Artículo 2 de la Convención».

EN FE de lo cual expido el presente instrumento de Ratificación, firmado de mi mano, en el cual se ha estampado el sello oficial y ha sido debidamente refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores.

Publíquese el presente Instrumento de Ratificación conjuntamente con la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Hecho en Caracas, a los veintiocho días del mes de agosto de mil novecientos noventa.

REFRENDADO
(L.S.)
REINALDO FIGUEREDO PLANCHART
Ministro de Relaciones Exteriores

DECRETO Nº 1.085
23 de agosto de 1990
CARLOS ANDRÉS PÉREZ
Presidente de la República

ARTÍCULOS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE (LOPNA) CITADOS EN LA ADDENDA QUE APARECE AL INICIO DE ESTE LIBRO

Obligación Alimentaria

Artículo 365. *Contenido.* La obligación alimentaria comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño y el adolescente.

Artículo 368. *Personas obligadas de manera subsidiaria.* Si el padre y la madre han fallecido, no tienen medios económicos o están impedidos para cumplir la obligación alimentaria, ésta recae en los hermanos mayores del respectivo niño o adolescente; los ascendientes, por orden de proximidad; y los parientes colaterales hasta el tercer grado.

La obligación puede recaer, asimismo, sobre la persona que represente al niño o al adolescente, a falta del padre y de la madre, o sobre la persona a la cual le fue otorgada su guarda.

Artículo 371. *Proporcionalidad.* Cuando concurran varias personas con derecho a alimentos, el juez debe establecer la proporción que corresponde a cada una, para lo cual tendrá en cuenta el interés superior del niño, la condición económica de todos y el número de solicitantes.

Artículo 375. *Convenimiento.* El monto a pagar por concepto de obligación alimentaria, así como la forma y oportunidad de pago pueden ser convenidos entre el obligado y el solicitante. En estos convenios debe preverse lo concerniente al incremento automático del monto fijado y los mismos deben ser sometidos a la homologación del juez, quien cuidará siempre que los términos convenidos no sean contrarios a los intereses del niño o del adolescente. El convenimiento homologado por el juez tiene fuerza ejecutiva.

Artículo 374. *Oportunidad del pago.* El pago de la obligación alimentaria debe realizarse por adelantado y no se puede pedir la restitución de aquella parte que, habiéndose pagado, no se haya consumido por haber fallecido el niño o el adolescente. El atraso injustificado en el pago de la obligación ocasionará intereses calculados a la rata del doce por ciento anual.

Artículo 377. *Irrenunciabilidad del derecho a pedir alimentos.* El derecho a exigir el cumplimiento de la obligación alimentaria es irrenunciable e inalienable, no puede transmitirse por causa de muerte, ni oponérsele compensación. En caso de fallecimiento del obligado, los montos adeudados por concepto de obligación alimentaria, para la fecha de su muerte, formarán parte de las deudas de la herencia.

Artículo 378. *Prescripción de la obligación.* La obligación de pagar los montos adeudados por concepto de obligación alimentaria prescribe a los diez años.

Artículo 380. *Responsabilidad solidaria* El empleador o quien haga sus veces, los administradores o directivos de las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración, depósito o custodia de bienes pertenecientes al obligado alimentario, serán solidariamente responsables con el obligado por dejar de retener las cantidades que les señale el juez, o por ocultar el verdadero monto de los sueldos, salarios y demás remuneraciones del obligado, así como de los capitales, rentas, intereses o cualquier beneficio económico que le pertenezca a éste, sin perjuicios de las demás responsabilidades que pudiera ocasionar su conducta.

Artículo 381. *Medidas cautelares.* El juez podrá acordar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, cuando exista riesgo manifiesto de que el obligado deje de pagar las cantidades que, por tal concepto, correspondan a un niño o a un adolescente. Se considera probado el riesgo cuando, habiéndose impuesto judicialmente el cumplimiento de la obligación alimentaria, exista atraso injustificado en el pago correspondiente a dos cuotas consecutivas.

Artículo 382. *Medios que pueden ser autorizados para el pago de la obligación.* El juez puede autorizar, a solicitud del obligado, oída la opinión del Ministerio Público y siempre que resulte manifiestamente favorable el interés superior del niño, que el cumplimiento de la obligación se haga efectivo a través de otros medios, tales como:

a) constitución de usufructo sobre un bien del obligado, el cual debe encontrarse libre de toda deuda y gravamen y totalmente saneado.

   En su condición de usufructuario, el niño o adolescente no queda sujeto a las obligaciones previstas por la ley para tales casos;

b) designación del niño o del adolescente como beneficiario de los intereses que produzca un determinado capital, o las utilidades, rentas o beneficios que produzcan acciones, participaciones y cualquier título valor.

Artículo 383. *Extinción.* La obligación alimentaria se extingue:

a) por muerte del obligado o del niño o del adolescente beneficiario de la misma;

b) por haber alcanzado la mayoridad el beneficiario de la misma, excepto que padezca deficiencias físicas o mentales que lo incapaciten para

proveer su propio sustento, o cuando se encuentre cursando estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados, caso en el cual la obligación puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial.

Artículo 223. *Violación de obligación alimentaria.* El obligado alimentario que incumpla injustificadamente, será sancionado con multa de uno (1) a diez (10) meses de ingreso.

Artículo 376. *Legitimados activos.* La solicitud para la fijación de la obligación alimentaria puede ser formulada por el propio hijo si tiene doce años o más, por su padre o su madre, por quien lo represente, por sus ascendientes, por sus parientes colaterales hasta el cuarto grado, por quien ejerza la guarda, por el Ministerio Público y por el Consejo de Protección.

Artículo 511. *Inicio.* El procedimiento especial comienza por solicitud escrita u oral, en la cual se identificará al obligado y, si fuere posible, se indicará el sitio o lugar de trabajo de éste, su profesión u oficio, la remuneración que devenga, una estimación de sus ingresos mensuales y de su patrimonio. Así mismo, se indicará la cantidad periódica que se requiere por concepto de obligación alimentaria. El solicitante debe acompañar la solicitud de toda prueba documental de que disponga, e indicar los otros medios probatorios que desea hacer valer. En caso de proponerse oralmente, si el solicitante es un niño o adolescente, o si se trata de uno de sus padres, representante o responsable, puede hacerlo sin estar asistido de abogado, ante el secretario del tribunal, quien levantará un escrito que contenga los mencionados señalamientos.

Artículo 177. *Competencia de la Sala de Juicio.* El juez designado por el presidente de la Sala de Juicio, según su organización interna, conocerá en primer grado de las siguientes materias:

Parágrafo Primero: Asuntos de familia:

d) Obligación alimentaria.

Artículo 512. *Medidas provisionales.* El juez, al admitir la solicitud correspondiente, puede disponer las medidas provisionales que juzgue más convenientes al interés del niño o del adolescente, previa apreciación de la gravedad y urgencia de la situación. Puede asimismo decretar medida de prohibición de salida del país, la cual se suspenderá cuando el afectado presente caución o fianza que, a juicio del juez, sea suficiente para garantizar el cumplimiento de la respectiva obligación.

Artículo 514. *Citación.* Admitida la solicitud, el juez citará al demandado mediante boleta en la cual se expresará el objeto y los fundamentos de la reclamación y fijará, el tercer día siguiente a la citación, para que conteste la solicitud.

Artículo 515. *Citación por carteles.* Si la citación no pudiese practicarse personalmente, se publicará un único cartel en uno de los diarios de la localidad y se fijará otro en la puerta del tribunal.

En el cartel se señalará una hora del tercer día siguiente a la publicación, para que comparezca el demandado a dar contestación a la solicitud.

Artículo 516. *Comparecencia.* El día de la comparecencia, el juez intentará la conciliación entre las partes y, de no lograrse la misma, procederá a oír las excepciones y defensas cualquiera sea su naturaleza, las cuales resolverá en la sentencia definitiva.

Artículo 517. *Lapso probatorio.* En la oportunidad fijada para la comparecencia del demandado, se considerará abierto a pruebas el procedimiento, haya o no comparecido las partes interesadas. El lapso será de ocho días para promover y evacuar las pruebas que las partes estimen pertinentes.

Artículo 518. *Auto para mejor proveer.* El Juez podrá dictar auto para mejor proveer fijado un lapso de tres días para evacuar las diligencias ordenadas por él; si la naturaleza de la prueba exige un lapso mayor, el juez lo fijará prudencialmente.

Artículo 519. *Pruebas. El* juez podrá dar por terminado el acto de posiciones juradas o repreguntas de testigos cuando se considere suficientemente ilustrado sobre los hechos a que se refieren tales pruebas. Asimismo, podrá relevar a las partes o a los testigos de contestar las posiciones o repreguntas que considere impertinentes.

Artículo 520. *Decisión.* Vencido el lapso de pruebas o el acordado en el auto para mejor proveer, el juez dictará sentencia dentro del lapso de cinco días, con vista a las conclusiones de las partes, si las hubiere.

Artículo 521. *Medidas que pueden ser ordenadas.* El juez, para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, podrá tomar entre otras, las medidas siguientes:

a) ordenar al deudor de sueldos, salarios, remuneraciones, rentas, intereses o dividendos del demandado, que retenga la cantidad fijada y la entregue a la persona que se indique;

b) dictar las medidas cautelares que considere convenientes sobre el patrimonio del obligado, someterlo a administración especial y fiscalizar el cumplimiento de tales medidas;

c) adoptar las medidas preventivas que juzgue convenientes, a su prudente arbitrio, sobre el patrimonio del obligado, por una suma equivalente a treinta y seis mensualidades adelantadas o más, a criterio del juez. También puede dictar las medidas ejecutivas aprobadas para garantizar el pago de las cantidades adeudadas para la fecha de la decisión.

Artículo 522. *Apelación.* Contra lo decidido se oirá apelación, la cual deberá interponerse el mismo día en que se dicte la decisión o dentro de los tres días siguientes. Interpuesta la apelación, la otra parte podrá adherirse. La Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente deberá decidir dentro de un lapso de diez días, después de recibido el expediente.

Artículo 523. *Revisión de la decisión.* Cuando se modifiquen los supuestos conforme a los cuales se dictó una decisión sobre alimentos o guarda, el juez de la Sala de Juicio podrá revisarla a instancia de parte, siguiendo para ello el procedimiento contenido en este Capítulo.

Artículo 525. *Improcedencia del recurso de casación.* En el procedimiento previsto en este Capítulo no se concederá recurso de casación.

Artículo 351. *Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio.* En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad del matrimonio, el Juez de la Sala de Juicio debe dictar las medidas provisionales que se aplicarán hasta que concluya el juicio correspondiente, en lo referente a la patria potestad y a su contenido, así como en lo que concierne al régimen de visitas y de alimentos que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos que tengan menos de dieciocho años y a los que, teniendo más de esa edad, se encuentren incapacitados, de manera total y permanente, por causa de impedimento físico o perturbaciones psiquiátricas graves. En todo aquello que proceda, el juez debe tener en cuenta lo acordado por las partes.

Parágrafo Primero: Cuando el divorcio se solicita de conformidad con la causal prevista en el artículo 185-A del Código Civil, los cónyuges deben señalar cuál de ellos ha ejercido la guarda de los hijos durante el tiempo que los padres han permanecido separados de hecho, así como la forma en que se viene ejecutando el régimen de visitas y la prestación de la obligación alimentaria, todo lo cual debe ser tomado en cuenta por el juez a los fines consiguientes.

Parágrafo Segundo: Si el divorcio o la separación de cuerpos se declara con lugar, con fundamento en alguna de las causales previstas en los ordinales 4° y 6° del artículo 185 de Código Civil, se declarará privado de la patria potestad al cónyuge que haya incurrido en ellas, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá exclusivamente el otro padre. Si éste se encuentra impedido para ejercerla o está afectado por privación o extinción de la misma, el juez abrirá la tutela y, de ser el caso, dispondrá la colocación familiar.

Artículo 684. *Derogatorias.* Se deroga la Ley de Adopción, el Capítulo I de la Ley sobre Protección Familiar, los artículos 413 y 439 del Código Penal y los artículos 247, 248, 254, 263, 264 y el encabezamiento del artículo 404 de la Ley Orgánica del Trabajo; los artículos 191 ordinal 2°, 192, 261, 264, 265, 278, 279, 280, 287 y 464 del Código Civil, así como todas las disposiciones contrarias a la presente ley.

Artículo 360. *Medidas sobre la guarda en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o residencias separadas.* En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos, o nulidad de matrimonio o si el padre y la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán, de mutuo acuerdo, cuál de ellos ejercerá la guarda de los hijos de más de siete años. Los hijos que tengan siete años o menos, deben permanecer con la madre, excepto el caso en que ésta no sea titular de la patria potestad o que, por razones de salud o de seguridad, resulte conveniente que se separen temporal o indefinidamente de ella.

De no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la guarda de los hijos, el juez competente determinará a cuál de ellos corresponde. En el caso de los hijos de siete años o menos cuya guarda no pueda ser ejercida por la madre conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o a solicitud expresa de la misma, el juez debe decidir si la guarda debe ser ejercida por el padre o si el interés de los hijos hace aconsejable la colocación familiar.

Artículo 177, *(Parágrafo Primero, letra i).* El juez designado por el presidente de la Sala de Juicio, según su organización interna, conocerá en primer grado de las siguientes materias:

Parágrafo Primero: Asuntos de familia:

i) divorcio o nulidad del matrimonio, cuando haya hijos niños o adolescentes.

Artículo 177, *(Parágrafo Primero, letra J).* El juez designado por el presidente de la Sala de Juicio, según su organización interna, conocerá en primer grado de las siguientes materias:

Parágrafo Primero: Asuntos de familia:

j) divorcio o nulidad del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes.

Artículo 20. *Plazo para la declaración de nacimientos.* Fuera de los casos previstos en el artículo 19, la declaración de nacimiento debe hacerse dentro de los noventa días siguientes al mismo, ante la primera autoridad civil

de la parroquia o municipio. En aquellos casos en que el lugar de nacimiento diste más de tres kilómetros del lugar del despacho de la primera autoridad civil, la declaración puede hacerse ante los comisarios o ante el funcionario público más próximo, competente para tales fines, quien la extenderá por duplicado en hojas sueltas y entregará uno de los ejemplares al presentante y el otro lo remitirá al jefe civil de la parroquia o municipio, quien lo insertará y certificará en los libros del Registro respectivo.

Artículo 681. *Procedimiento especial de Inscripción en el Registro Civil.* El Ejecutivo Nacional debe disponer lo conducente para que, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, se inscriba en el Registro del Estado Civil, los nacimientos de todos los niños o adolescentes nacidos en el territorio nacional, que no hubiesen sido presentados oportunamente. Las instituciones públicas de salud donde haya ocurrido el nacimiento, facilitarán a los interesados las pruebas requeridas para tal fin. En caso de nacimientos extra-hospitalarios, la inscripción se hará tomando en cuenta la declaración jurada del respectivo médico o partera o, en su defecto, la del párroco, la del representante legal de la asociación de vecinos o de alguna organización comunitaria de la localidad, donde se produjo el nacimiento. De resultar imposible obtener la declaración de al menos una de las personas antes mencionadas, se admitirá la declaración jurada de tres testigos, mayores de edad y que den razón fundada de sus dichos. En todo caso, los testigos serán previamente informados por la autoridad civil competente, de las penas en que incurrirán si declaran falsamente, de acuerdo a lo previsto en el Código Penal, de lo cual se dejará constancia en el acta de la respectiva declaración.

Artículo 224. *Violación al derecho a la identidad.* El padre, representante o responsable que no asegure al niño y al adolescente su derecho a ser inscrito y a obtener sus documentos de identificación en el plazo que establece la Ley, a pesar de haber sido requerido para ello, será sancionado con multa de uno a seis meses de ingreso.

Artículo 225. *Violación al derecho a ser inscrito y a obtener documentos de identificación.* Todo funcionario público que entorpezca, impida, retrase, viole o amenace el ejercicio de derecho a ser inscrito u obtener los documentos de identificación de un niño o adolescente, será sancionado con multa de tres (3) a seis (6) meses de ingreso.

Artículo 273. *Omisión de registro de nacimiento.* El médico, enfermero o encargado del servicio de salud que omita identificar correctamente al neonato y a la parturienta con ocasión del parto, será penado con prisión de seis meses a dos años.

Parágrafo Primero: En la misma pena incurre la autoridad civil que omita inscribir o deniegue indebidamente el registro de nacimiento.

Parágrafo Segundo: Si el delito es culposo, la pena se rebajará a la mitad.

Artículo 17. *Derecho a la identificación.* Todos los niños tienen el derecho a ser identificados, inmediatamente después de su nacimiento. A tal efecto, el Estado debe garantizar que los recién nacidos sean identificados obligatoria y oportunamente, estableciendo el vínculo filial con la madre.

Parágrafo Primero: Las instituciones, centros y servicios de salud, públicos y privados, deben llevar un registro de los casos de nacimientos que se produzcan en los mismos, por medio de fichas médicas individuales, en las cuales constará, además de los datos médicos pertinentes, la identificación del recién nacido mediante el registro de su impresión dactilar y plantar, y la impresión dactilar, nombre y edad de la madre, así como la fecha y hora del nacimiento del niño, sin perjuicio de otros métodos de identificación.

Parágrafo Segundo: Las declaraciones formuladas a la máxima autoridad de la institución pública de salud donde nace el niño, constituyen prueba de filiación en los mismos términos que las declaraciones hechas ante los funcionarios del estado civil.

Artículo 19. *Declaración del nacimiento en instituciones públicas de salud.* Cuando el nacimiento ocurriere en hospital, clínica, maternidad u otra institución pública de salud, la declaración del nacimiento se hará ante la máxima autoridad pública de la institución respectiva. Dicho funcionario extenderá la correspondiente acta haciendo cuatro ejemplares del mismo tenor, en formularios elaborados al efecto, debidamente numerados. Uno de los formularios se entregará al presentante, el otro lo remitirá dentro del término previsto en el artículo 20 de esta Ley a la primera autoridad civil de la parroquia o municipio en cuya jurisdicción ocurrió el nacimiento, a fin de que esta autoridad inserte y certifique la declaración en los respectivos libros del Registro del Estado Civil. El tercer ejemplar se conservará en un archivo especial de la institución. Y el cuarto ejemplar se remitirá a la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería.

Parágrafo Primero: El niño sólo puede egresar de la institución donde nació después de haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en este artículo, para lo cual la máxima autoridad de las mencionadas instituciones, de acuerdo a su organización interna, deberá tomar las medidas necesarias para prestar este servicio, de manera permanente.

Parágrafo Segundo: La máxima autoridad de las instituciones públicas de salud, puede delegar las atribuciones previstas en este artículo en otro funcionario de las mismas instituciones, mediante resolución que dicte al efecto.

Artículo 25. *Derecho a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.* Todos los niños y adolescentes, independientemente de cuál fuere su filiación, tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, salvo cuando sea contrario a su interés superior.

Adopción

Artículo 406. *Concepto.* La adopción es una institución de protección que tiene por objeto proveer al niño o al adolescente, apto para ser adoptado, de una familia sustituta, permanente y adecuada.

Artículo 407. *Tipo de adopción.* La adopción sólo puede ser plena.

Artículo 422. *Duración del período de prueba.* Para decretar la adopción debe haberse cumplido un período de prueba de seis meses, por lo menos, durante el cual el candidato a adopción debe permanecer, de manera ininterrumpida, en el hogar de los solicitantes de la adopción.

Durante este lapso, la Oficina de Adopciones respectiva o el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente debe realizar dos evaluaciones, al menos para informar al juez acerca de los resultados de esta convivencia.

Artículo 423. *Prórroga del período de prueba.* El juez puede ordenar la prórroga del período de prueba de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público.

Artículo 414, *letra b.* Para la adopción se requiere los consentimientos siguientes:

b) de quienes ejerzan la patria potestad, y en caso de ser ejercida por quien no hubiese alcanzado aún la mayoridad, debe estar asistido por su representante legal o, en su defecto, estar autorizado por el juez; la madre sólo puede consentir válidamente después de nacido el niño;[...]

Artículo 418. *Asesoramiento.* Las personas cuyo consentimiento es necesario para decretar la adopción deben ser asesoradas e informadas acerca de los efectos de la adopción, por la Oficina de Adopciones respectiva o por el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, antes de que otorguen dicho consentimiento. El cumplimiento de este requisito debe hacerse constar en el acta del respectivo consentimiento.

Artículo 419. *Prohibición de lucro.* Los consentimientos que se requieren para la adopción no pueden ser obtenidos, en ningún caso, mediante pago o compensación económica o de cualquier otra clase.

Nadie puede obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una intervención directa o indirecta en una adopción.

Artículo 420. *Informe sobre el candidato a adopción.* La Oficina de Adopciones correspondiente debe disponer lo necesario para que a todo niño o adolescente, que llene las condiciones de esta Ley para ser adoptado, se le elabore un informe que contenga los datos referidos a su identidad, medio social, evolución personal y familiar, historia médica propia y familiar y necesidades particulares del respectivo niño o adolescente. Se dejará constancia de los motivos por los cuales algunos de estos datos no aparezcan en el informe. Los solicitantes de la adopción tendrán acceso a este informe, después que se acredite su aptitud para adoptar.

Artículo 421. *Acreditación de los solicitantes.* Los solicitantes de la adopción deben ser estudiados por la respectiva Oficina de Adopciones, a fin de que se acredite su aptitud para adoptar. El informe que se elabore al efecto debe contener datos sobre su identidad, capacidad jurídica, situación personal, familiar y médica, medio social, motivos que los animan, así como las características de los niños o adolescentes que están en condiciones de adoptar. Dicho informe debe formar parte del respectivo expediente de adopción.

Artículo 429. *Confidencialidad.* El contenido de los informes previstos en los artículos 420 y 421 de esta Ley, así como el de los expedientes de adopción, son de naturaleza confidencial; para su archivo y conservación deben tomarse las precauciones necesarias que garanticen dicha confidencialidad.

El adoptado o su representante, debidamente asesorados, tendrán acceso a esta información en todos aquellos casos que su interés lo justifique.

Artículo 415. *Opiniones.* Para la adopción debe recabarse las opiniones siguientes:

a) del candidato a adopción si tiene menos de doce años;

b) del Fiscal del Ministerio Público;

c) de los hijos del solicitante de la adopción.

Si el juez lo creyere conveniente podrá solicitar la opinión de cualquier otro pariente del candidato a adopción o de un tercero que tenga interés en la adopción.

Artículo 437. *Irrevocabilidad.* La adopción es irrevocable.

Artículo 443. *Definición.* A los efectos de esta Ley se entiende que la adopción es internacional cuando el adoptado o candidato a adopción tiene su residencia habitual en un Estado y los adoptantes o solicitantes de la adopción tienen su residencia habitual en otro Estado al cual va a ser

desplazado el niño o adolescente. Cuando el candidato a adopción tiene su residencia habitual en Venezuela y el desplazamiento se produce antes de la adopción, ésta debe realizarse íntegramente conforme a la ley venezolana.

Las adopciones a realizarse por extranjeros que, para el momento de la solicitud, tengan más de tres años de residencia habitual en el país, se regirán por lo previsto para las adopciones nacionales.

Artículo 444. *Tratados internacionales.* La adopción internacional sólo puede realizarse si existen tratados o convenios en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción.

Artículo 445. *Subsidiariedad de la adopción internacional.* La adopción internacional es subsidiaria de la adopción nacional.

Los niños o adolescentes que tienen su residencia habitual en Venezuela sólo podrán considerarse aptos para una adopción internacional, cuando los organismos competentes examinen detenidamente todas las posibilidades de su adopción en Venezuela y constaten que la adopción internacional responde al interés superior del candidato a adopción. En el respectivo expediente se dejará constancia de lo actuado conforme a este artículo.

Artículo 446. *Habilitación de los solicitantes.* Los solicitantes que tengan su residencia habitual fuera de Venezuela deben comprobar que están debidamente habilitados para la adopción, de acuerdo al derecho que rige la materia en el país donde residen y cuya vigencia y contenido pueden proporcionar al juez de la causa, con miras a lograr mayor celeridad en la decisión del caso.

Artículo 447. *Autorización para trasladar al candidato a adopción.* El traslado del candidato a adopción al país donde residen habitualmente los solicitantes sólo puede ser autorizado por el juez, previa comprobación de que le ha sido concedida autorización de entrada y residencia permanente por las autoridades competentes de dicho país, y de que la adopción que se le conceda tendrá los mismos efectos que en Venezuela. El traslado debe efectuarse en compañía de los solicitantes, o al menos de uno de ellos.

Artículo 448. *Presentación de las solicitudes de adopción.* A los fines de su estudio y aprobación por la autoridad venezolana competente en la materia, los solicitantes que tengan su residencia habitual fuera de Venezuela deben presentar la respectiva solicitud de adopción, acompañada de los informes que contengan la acreditación a que se refiere el artículo 421 de esta Ley, a través de los representantes de los organismos públicos o de las instituciones debidamente autorizadas por las autoridades del país correspondiente, de acuerdo con los términos del convenio que, en materia de adopción internacional, se encuentre vigente entre Venezuela y ese país.

Artículo 449. *Informes durante el período de prueba.* Los organismos públicos o instituciones extranjeras autorizadas que presenten la respectiva solicitud de adopción son responsables del seguimiento que debe hacerse durante el período de prueba, y están obligados a remitir al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente los informes correspondientes.

Artículo 139. *Oficina de adopciones.* La Dirección Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos tendrá una oficina de adopciones que ejercerá las siguientes atribuciones:

a) procesar las solicitudes de adopción internacional que hagan tanto personas residentes en Venezuela, que se propongan adoptar en otro país, como aquellas que tengan su residencia en el exterior, y se propongan adoptar en Venezuela;

b) analizar y decidir sobre los casos de niños con posibilidades de ser adoptados internacionalmente, haciendo para ello los estudios técnicos necesarios y dejando constancia de todas las actuaciones en expediente personalizado, incluidas aquellas mediante las cuales se constató que la adopción internacional responde al interés superior del niño;

c) analizar y decidir sobre los casos de posibles adoptantes internacionales, haciendo para ello los estudios necesarios y dejando constancia de todas las actuaciones en expediente personalizado;

d) llevar registro de los casos a los que se refieren las letras b) y c);

e) velar por que en materia de adopción internacional se tomen las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales violatorios de los derechos y garantías consagrados en esta Ley;

f) brindar asesoramiento pre y post adoptivo;

g) realizar el seguimiento técnico de las adopciones internacionales, solicitadas en otro país por personas residentes en Venezuela;

h) preservar la confidencialidad de toda información que se encuentre en los respectivos expedientes de adopción, independientemente de que la misma sea concedida o no;

i) producir y evaluar estadísticas nacionales en materia de adopción, tanto nacional como internacional.

Artículo 145. *Oficina de adopciones.* En cada Consejo Estadal de Derechos debe constituirse una oficina de adopciones que tendrá las siguientes atribuciones:

a) procesar solicitudes de adopción nacional;

b) realizar los estudios técnicos necesarios para determinar, en cada caso,

que las condiciones de la adopción respondan a las características de los candidatos que se encuentren en el respectivo estado;

c) analizar y decidir sobre los casos de posibles adoptantes nacionales, haciendo los estudios necesarios para ello y dejando constancia de todas las actuaciones en expediente personalizado;

d) llevar registro de los casos a que se refieren las letras b) y c), así como de los candidatos a adopción nacional que se encuentren en el respectivo estado, de acuerdo con la información que le suministren los Consejos de Protección, los tribunales y entidades de atención;

e) velar por que en materia de adopción nacional se tomen las medidas apropiadas para prevenir que se produzcan beneficios materiales violatorios de los derechos y garantías consagrados en esta Ley;

f) brindar asesoramiento pre y post adoptivo;

g) realizar el seguimiento técnico pre adoptivo en las adopciones nacionales, cuando fuere requerida para ello por el tribunal de la causa;

h) intercambiar información respecto de los candidatos a ser adoptados que tengan su residencia en el respectivo estado, a fin de facilitar la búsqueda de los padres adoptivos que más se adecuen a sus características e intereses.

Procedimiento de Adopción

Artículo 493. *Solicitud.* El procedimiento de adopción se inicia mediante solicitud escrita o verbal, que debe ser presentada personalmente ante el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, por la persona o personas que pretendan adoptar. Si la solicitud es verbal, el juez levantará un acta e interrogará al solicitante sobre los requisitos previstos en el artículo 494 de esta Ley.

En caso de adopción internacional, cuando la solicitud fuese tramitada por una institución, de acuerdo con el convenio o tratado vigente con el respectivo Estado, quien pretenda adoptar debe ratificar personalmente tal solicitud.

Artículo 494. *Contenido de la solicitud.* En la solicitud de adopción se expresará:

a) identificación del solicitante y señalamiento de su fecha de nacimiento, nacionalidad, profesión u ocupación, domicilio o residencia y estado civil;

b) indicación, cuando se trate de adopción conjunta, de la fecha de matrimonio de los solicitantes. De tratarse de adopción individual y si el solicitante es

persona casada, habrá igualmente que señalar la fecha del matrimonio, la identificación completa del cónyuge, nacionalidad, la fecha de nacimiento, profesión u ocupación, domicilio o residencia de éste;

c) Identificación de cada una de las personas por adoptar y señalamiento de sus respectivas fechas de nacimiento, nacionalidad, domicilio o residencia;

d) indicación del vínculo de familia, consanguíneo o de afinidad entre el solicitante y la persona por adoptar, o la mención de que no existe vínculo familiar entre ellos;

e) indicación, cuando se trate de adopción de una persona casada, de la fecha del matrimonio, identificación completa del cónyuge, el domicilio o residencia de éste, y si existe separación legal entre ambos, la fecha de la sentencia o del decreto respectivo;

f) si el solicitante tuviere descendencia consanguínea o adoptiva;

g) indicación, cuando se trate de la adopción de niños, adolescentes, entredichos o inhabilitados, del nombre y apellido, domicilio o residencia de cada una de las personas naturales que deben consentir o han consentido en la adopción, con indicación del vínculo familiar o del cargo que desempeñan respecto a la persona por adoptar.

Si alguna de esas personas estuviese impedida de consentir la adopción solicitada, se indicará esa circunstancia así como su causa;

h) indicación de si la adopción en proyecto se encuentra en el supuesto del artículo 412 de esta Ley;

i) indicación, cuando se trate de la adopción de un niño, adolescente o de un entredicho, respecto a si el solicitante o alguno de los solicitantes es o ha sido tutor y, en caso afirmativo, se expresará si han sido o no aprobadas las cuentas definitivas de la tutela;

j) cualquier otra circunstancia que se considere pertinente o de interés.

Artículo 495. *Documentación anexa.* La solicitud de adopción será presentada con los siguientes documentos:

a) copia certificada de la partida de nacimiento de cada uno de los solicitantes;

b) copia certificada de la partida de nacimiento de cada una de las personas por adoptar, o la comprobación, mediante cédula de identidad o pasaporte, de la fecha de nacimiento y la nacionalidad de estas personas;

c) prueba auténtica del estado civil de la persona por adoptar, salvo que ésta fuese soltera;

d) prueba auténtica del estado civil de los solicitantes de la adopción;

e) prueba auténtica de los respectivos consentimientos, cuando éstos no hayan sido presentados ante el juez, conforme al artículo 416 de esta Ley;

f) informe sobre la aptitud para adoptar de los solicitantes.

Artículo 496. *Obtención de documentos.* Si el solicitante manifiesta que le es difícil obtener alguno de los documentos, el juez, dentro de los tres días siguientes al recibo de la solicitud y si encuentra ésta justificada, requerirá los documentos faltantes a los organismos competentes. Asimismo, el juez ordenará la elaboración del informe sobre la aptitud para adoptar de los solicitantes, si fuere el caso.

Los organismos requeridos enviarán los documentos correspondientes en un lapso no mayor de diez días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento del tribunal.

Artículo 497. *Ministerio Público.* El juez notificará de toda solicitud de adopción al representante del Ministerio Público, quien deberá formular las observaciones que estime convenientes dentro de los diez días siguientes a la fecha de su notificación.

Artículo 498. *Consentimiento y opiniones.* El juez verificará, dentro de los diez días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, que las personas que deben consentir lo han hecho y que han sido debidamente asesoradas e informadas acerca de los efectos de la adopción. El juez oirá a las personas que deban emitir su opinión respecto de la adopción que se solicita y dejará constancia de ello en el expediente.

Asimismo, se comprobará las relaciones de parentesco y, de ser el caso, el cumplimiento del período de prueba conforme a lo previsto en el artículo 422 de esta Ley.

Artículo 499. *Oposición.* De haber oposición a la adopción que se solicita, ésta debe formularse dentro del lapso previsto en el artículo anterior, caso en el cual, el juez abrirá un lapso probatorio de diez días, que podrá prorrogar hasta por diez días más, si lo creyere conveniente. Los medios probatorios admisibles son los que establece el Código de Procedimiento Civil.

Artículo 500. *Legitimados para la oposición.* Sólo las personas autorizadas para consentir la adopción y el representante del Ministerio Público podrán hacer oposición a la misma, expresando las causas que consideren contrarias al interés del adoptado o por no haberse cumplido alguno de los requisitos sustanciales establecidos en la Ley.

Artículo 501. *Ausencia de convivencia previa.* En caso de que no haya convivencia previa del candidato a adopción y el solicitante, el juez decidirá acerca de la procedencia de la colocación del niño o adolescente a ser adoptado, bajo la responsabilidad del solicitante.

Artículo 502. *Autorización de salida del país.* Si se trata de una adopción internacional, una vez decidida favorablemente la colocación, el juez autorizará la salida del país del candidato a adopción, a fin de que se realicen los trámites ante las autoridades nacionales competentes.

Artículo 503. *Cumplimiento del período de prueba.* Una vez cumplido el período de prueba y constatada la incorporación al expediente de los informes previstos en el artículo 422 de esta Ley, el juez procederá a decidir la oposición.

Artículo 504. *Decisión.* Vencido el lapso previsto en el artículo 499 y cumplido lo dispuesto en el artículo 503, el juez decidirá dentro de los cinco días siguientes, sobre la procedencia de la adopción solicitada.

En caso de que el tribunal hubiese requerido algún documento faltante y éste no le fuese presentado, decidirá sobre la adopción si estima suficientes los demás requisitos.

En caso contrario, requerirá nuevamente al organismo competente, bajo apercibimiento de multa, la remisión de los documentos solicitados.

Para la imposición de la multa, el juez tomará en cuenta las circunstancias que hayan motivado el retardo en el envío de los documentos solicitados.

Recibidos éstos, el juez decidirá sobre la adopción dentro de los cinco días siguientes.

Artículo 505. *Decreto de adopción.* El decreto que acuerde la adopción expresará si la misma es individual o conjunta y señalará el apellido que llevará, en lo sucesivo, el adoptado, así como el nuevo nombre de éste, si fuere el caso, todo con arreglo a las disposiciones de los artículos 430 y 431 de esta Ley.

Igualmente, este decreto ordenará la inscripción en el Registro del Estado Civil, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de esta Ley.

Artículo 506. *Apelación.* Del decreto que acuerde la adopción o de su negativa, se oirá apelación libremente.

Artículo 507. *Apelación por cambio de nombre.* Si el decreto de adopción indica cambio en el nombre del adoptado, a pesar de no estar llenos los

extremos indicados en el artículo 431 de esta Ley, pueden apelar: el adoptado, si fuere capaz, o en caso contrario, cualquiera de las personas a quienes le corresponde la representación, la asistencia o la guarda del adoptado.

En tal caso, la apelación se entenderá circunscrita a la decisión sobre el nombre propio que habrá de llevar el adoptado, contenido en el decreto de adopción.

Artículo 508. *Decisión de la apelación.* La Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente decidirá dentro de los cinco días siguientes.

Artículo 509. *Recurso de Casación.* Los decretos que acuerden o nieguen la adopción, tienen recurso de casación.

Artículo 510. *Oposición a terceros.* El decreto que acuerde o niegue la adopción, una vez firme, surte efectos desde su fecha, pero no es oponible a terceros sino una vez efectuada la inscripción indicada en el artículo 432 de esta Ley.

ADDENDA 2008

INDICE LEGISLATIVO

Después de publicada la anterior edición de esta obra, en relación con la materia tratada en ella, han entrado en vigencia las siguientes leyes:

1. **LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE** (Reformada). (*Gaceta Oficial* N° 5859 Extraordinario de 10 de diciembre de 2007).

a. Patria Potestad: Ver arts. 347 (Definición), 348 (Contenido), 349 (Titularidad y ejercicio), 350 (Titularidad fuera del matrimonio y de las uniones estables de hecho), 351 (Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos o nulidad del matrimonio).

b. Responsabilidad de crianza (antes denominada guarda): arts. 358 (Contenido), 359 (Ejercicio), 360 (Medidas sobre responsabilidad de crianza, en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio o residencias separadas), 361 (Revisión y modificación de la responsabilidad de crianza).

c. Obligación de manutención (antes denominada obligación alimentaria): Ver especialmente arts. 365 a 384.

d. Convivencia familiar (antes denominado Derecho de Visitas): Ver especialmente arts. 385 a 390.

e. Adopción: Ver especialmente arts. 406 a 429, arts. 493 a 501 (Procedimiento), 503 (Recursos de Apelación, Casación e Interpretación), arts. 504 al 507 (Inscripción de la adopción), art. 508 (Irrevocabilidad), arts. 509 y 510 (Nulidad de la adopción).

2. **LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS, LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD** (*Gaceta Oficial* N° 38.773 de fecha 20 de septiembre de 2007).

a. Reconocimiento de la paternidad: Ver especialmente arts. 21 al 31.

3. **LEY ORGÁNICA SOBRE EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA** (*Gaceta Oficial* N° 38.668 de 23 de abril de 2007)

Valencia, 19 de noviembre de 2008

INDICE

LA FILIACIÓN